Die Fehlerhaftigkeit der Ehelichkeitserklärung und der Annahme an Kindesstatt.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Universität Rostock

vorgelegt von

Werner Kopp

Referendar in Berlin

Pritzwalk

Buchdruckerei Adolf Tienken

1930

Referent: Profeſſor Dr. F e i n e.

Gliederung.

			Seite
I.	§ 1.	Einleitung	7
II.	§ 2.	Fehlerhaftigkeit der Ehelichkeitserklärung und der Annahme an Kindesstatt bei staatlicher Genehmigung und gerichtlicher Bestätigung	8
III.		Fehlerhaftigkeit der Erklärungen der beteiligten Privatpersonen.	
	§ 3.	Gänzliches Fehlen der Erklärungen der beteiligten Privatpersonen	10
	§ 4.	Formfehler	22
	§ 5.	Mängel in der Geschäftsfähigkeit	24
	§ 6.	Willensmängel	25
	§ 7.	Nichtigkeit wegen Scheingeschäftes, Verstosses gegen die guten Sitten oder gegen ein gesetzliches Verbot	30
IV.	§ 8.	Fehlerhaftigkeit der staatlichen Akte	35
V.		Fehlerhaftigkeit der sonstigen Voraussetzungen	
	§ 9.	Ehelichkeit des Kindes und Eheverbot zwischen den Eltern bei der Ehelichkeitserklärung . . .	43
	§ 10.	Zu geringes Alter und eheliche Abkömmlinge des Annehmenden bei der Annahme an Kindesstatt .	45
	§ 11.	Zurücknahme der Erklärungen der Beteiligten .	49
	§ 12.	Tod des Vaters und des Kindes	50
VI.	§ 13.	Wer entscheidet über die Rechtsgültigkeit der Ehelichkeitserklärung und der Annahme an Kindesstatt?	52
VII.	§ 14.	Ergebnis	54

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Literaturverzeichnis.

Bergk, Familienrechtliche Streitfragen, Berlin 1914.
Birkenbihl, Die Ehelichkeitserklärung. Festg. d. Frankfurter Jurist. Ges. 1906, Seite 203.
Blume, in Opet-Blume: Familienrecht des BGB, Berlin 1906.
Crome, System des Bürgerlichen Rechts. Band IV, Tübingen 1908.
Conrades, Die Adoption eines unehelichen Kindes durch seine Mutter. Recht 1900, Seite 486.
Dittenberger, Die Zulässigkeit der Adoption des eigenen unehelichen Kindes nach dem BGB., ArchZivPr. 1897 S. 431.
Ebermayer-Lobe-Rosenberg, Strafgesetzbuch, 4. Auflage, Berlin 1929.
Eck-Leonhard, Verträge über das Recht des BGB., Band II, I, 2. Auflage, Berlin 1904.
Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8.-9. Auflage, Berlin 1908.
Fischer-Henle, BGB., 13. Auflage, München 1927.
Fränkel, Das Familienrecht des BGB., Berlin 1898.
Frank, Strafgesetzbuch, 17. Auflage, Tübingen 1926.
Goldmann-Lilienthal-Sternberg, Das BGB., Bd. III, Berlin 1921.
Hatschek, Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts, 3.-4. Auflage, Leipzig 1924.
Hecker, Die Adoption im geltenden Recht als Produkt der historischen Entwicklung, Diss. Rostok 1903.
Heinsheimer, Neues Adoptionsrecht, LZ. 1925, Seite 897 ff.
v. Hippel, Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsaktes, Berlin 1924.
Hoos, Simulation und Willensmängel beim Kindesannahmevertrag, Diss. Heidelberg 1906.
Jacubetzki, Die rechtliche Stellung des unehelichen Kindes bei der Vaterschaftsanerkennung, Recht 1903, Seite 325 ff.
Jellinek, Walter, 1. Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, Tübingen 1908.
2. Verwaltungsrecht, Berlin 1928.
Kipp-Wolff, Familienrecht, 18.-20. Auflage, Marburg 1928.
Kleinberger, Das Recht des unehelichen Kindes und seiner Mutter nach dem BGB., Diss. Würzburg 1899.
Knitschky, Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern nach dem BGB, Berlin 1899
Kockerols, Die Adoption eines unehelichen Kindes durch seine Mutter, Recht 1910, Seite 13.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band III, Teil 1, Berlin 1915.
Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910.
Kuhlenbeck Das BGB., Band II, 2. Auflage, Berlin 1903.

Kuttner, Die Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft, JherJ. 1882, Seite 464.
Mantey, Die Adoption eines unehelichen Kindes durch seine Mutter, Recht 1900, Seite 537, 1901, 228.
Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 7. Auflage, Berlin 1914.
Mayer-Reis-Haidlen, Lehrbuch des Familien- und Erbrechts, 4. Auflage, Berlin 1907.
Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Auflage, München 1924.
Meisner, Das BGB., 4. Buch, Familienrecht, Breslau 1914.
Motive zum Entwurf eines BGB., Band IV.
Neumann, Handausgabe des BGB., 6. Auflage, Band II, Berlin 1912.
Oertmann, BGB., Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Berlin 1927.
Olshausen, Strafgesetzbuch, 11. Auflage, Berlin 1927.
Opet, Das Verwandtschaftsrecht des BGB. für das Deutsche Reich, Berlin 1899.
Planck, Familienrecht, 3. Auflage, Berlin 19 6.
Protokolle zum Entwurf eines BGB.
Reichsgerichtsräte, Kommentar zum BGB., 5. Auflage, Berlin 1928.
Freiherr von Scheurl, Die Annahme an Kindesstatt nach dem BGB., Diss Erlangen 1897.
Schlegelberger, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 3. Auflage, Berlin 1927.
Siméon-David, Recht und Rechtsgang, Band II, 14.-15. Auflage, Berlin 1927.
Spahn, Verwandtschafts- und Vormundschaftsrecht nach dem BGB., Berlin 1901.
Staudinger, Kommentar zum BGB.. 9. Auflage, München 1926.
Stern, Die Todeserklärung Kriegsverschollener, Gruch. 1916, Band 60, Seite 545.
Thalberg, Die Adoption im heutigen deutschen Recht, Diss. Zürich 1906.
Thiessing, Die Annahme eines unehelichen Kindes durch seine Mutter an Kindesstatt, ArchZivPr. 1893, 429.
Ullersberger, Das Rechtsverhältnis der unehelichen Kindschaft nach dem BGB und dem code civil., Diss. Freiburg 1901.
Wellspacher, Vertrauen auf äussere Tatbestände im bürgerlichen Recht, 1906.

I.

§ 1. Einleitung.

Die Familie steht als Grundlage des Staates unter dem besonderen Schutz der Gesetze; vgl. insbesondere RV. Art. 119, BGB. §§ 1297—1921.

Die Vorteile der Familie kommen jedoch nicht nur den durch Ehe und Abstammung miteinander verbundenen Personen zugute, sondern durch Ehelichkeitserklärung (EE.) und Annahme an Kindesstatt (AK.) ist eine Erweiterung des durch die Familie zusammengehaltenen Personenkreises möglich.

Da beide Rechtsinstitute, die EE. und die AK., zum Ziel haben, ein Verwandtschaftsverhältnis ohne leibliche Verwandtschaft durch behördlichen Akt und Rechtsgeschäft zu schaffen, sind ihre Voraussetzungen vielfach die gleichen.

Kommen bei der EE. und der AK. rechtliche Verstöße vor, so entsteht für die Beteiligten die außerordentlich bedeutungsvolle Frage, wie dies auf die Rechtsgültigkeit der EE. und AK. wirkt. Ist die EE. oder AK. infolgedessen nichtig, anfechtbar oder trotz des Fehlers voll gültig?

Die Fehlerhaftigkeit der Ehelichkeitserklärung und der Annahme an Kindesstatt und ihre Wirkung zu untersuchen, ist Gegenstand der vorliegenden Schrift. Die Neuerungen, die der Entwurf eines Gesetzes über die unehelichen Kinder (Reichsarbeitsblatt 1925 S. 459 ff.) treffen will, haben Berücksichtigung gefunden. Das internationale Privatrecht dagegen ist nur gestreift worden, weil die Gültigkeit der Ehelichkeitserklärung und der Annahme an Kindesstatt im internationalen Privatrecht zu den umstrittensten Fragen gehört, deren erschöpfende Behandlung über den Rahmen der vorliegenden Schrift hinausgehen würde.

II.

§ 2. Fehlerhaftigkeit der Ehelichkeitserklärung und Annahme an Kindesstatt bei staatlicher Genehmigung und gerichtlicher Bestätigung.

Die EE. erfolgt durch Verfügung der Staatsgewalt, die AK. tritt erst mit der Bestätigung durch das Gericht in Kraft. Trotz dieser staatlichen Akte — deren Gültigkeit vorausgesetzt — ist es jedoch nicht von vornherein ausgeschlossen, daß von der Fehlerhaftigkeit der Voraussetzungen der EE. und der AK. deren Gültigkeit betroffen wird. Die Verfügung der Staatsgewalt oder die Bestätigung des Gerichts haben nicht schlechtweg heilende Kraft.

Dies ist jedoch nicht völlig unbestritten. Dernburg[1]) ist gegenteiliger Ansicht. Er gibt zwar zu, daß im BGB. nicht ausdrücklich gesagt sei, daß die Bestätigung oder die Verfügung der Staatsgewalt heilende Kraft habe; dies ergebe sich jedoch aus § 68 I FGG, der bestimme, daß die Beschwerde gegen den Bestätigungsbeschluß des Gerichts ausgeschlossen sei; andernfalls würde ein „geradezu anarchischer Zustand" entstehen; denn mit der AK. endige die bisherige Gewalt über das minderjährige Kind. Stelle sich später die Nichtigkeit der AK. heraus, so seien die von dem Annehmenden für das Kind abgeschlossenen Rechtsgeschäfte nichtig; gutgläubige Dritte könnten nicht geschützt werden.

Obwohl Dernburg mit Recht auf die Bedeutung einer nichtigen AK. oder EE. hinweist, sind die von ihm gezogenen Folgerungen dennoch nicht richtig. Nichtige Staatsakte bedeuten ebenso wie nichtige private Rechtsgeschäfte auch in anderen Fällen eine große Gefahr für gutgläubige Dritte. Der Satz, daß, wer sich auf einen öffentlichen Staatsakt verläßt, geschützt wird[2]), kommt bei absolut nichtigen Staatsakten und auch bei Rechtsgeschäften nur dann in Betracht, wenn dies gesetzlich besonders hervorgehoben wird, wie z. B. im § 115 BGB. bei der Entmündigung und §§ 32, 61 FGG. Ferner kann nicht allein entscheidend sein, daß die

1) § 94, VI.

2) Wellspacher S. 115; Schlegelberger S. 32, 1; RG. 81, 211 ff; Siméon-David S. 113; Hatschek § 16 I.

Nichtigkeit gutgläubigen Dritten schaden kann, sondern man muß auch in Betracht ziehen, daß die unmittelbar Beteiligten ein berechtigtes Interesse an der Ungültigkeit haben können, da im Hinblick auf sie der Staatsakt in erster Linie seine Wirkungen äußert.

Jedenfalls findet die Ansicht von Dernburg im § 68 FGG., auf den er sich beruft, keine Stütze. Diese Bestimmung besagt lediglich, daß gegen den Beschluß, durch welchen die AK. bestätigt wird, kein Rechtsmittel stattfindet. Wenn somit gegen den Bestätigungsbeschluß Rechtsmittel ausgeschlossen sind, so liegt darin noch keinesfalls, daß der Bestätigungsbeschluß hinsichtlich seiner Voraussetzungen heilende Kraft hat. Der § 68 FGG. berührt nämlich das materielle Recht gar nicht, wie auch nur in seltenen Fällen materiell rechtliche Bestimmungen im FGG. enthalten sind.

Welche Wirkungen die Fehlerhaftigkeit der EE. und AK. hat, sagt das Gesetz nur in den Fällen der §§ 1735, 1756, wo bestimmt wird, daß unter gewissen Voraussetzungen das Fehlen bestimmter Erfordernisse die Gültigkeit der AK. und EE. nicht berührt. Wie aber in anderen Fällen die Fehlerhaftigkeit wirkt, darüber schweigt das Gesetz.

Es könnte nahe liegen, durch argumentum e contrario zu schließen: fehlen die anderen, nicht ausdrücklich im Gesetz erwähnten Voraussetzungen, so ist die AK. und EE. nichtig. In der Tat zieht auch Kipp[1]) diesen Schluß.

Jedoch dieser lediglich aus dem Wortlaut des Gesetzes abgeleitete Schluß ist m. E. nicht überzeugend. Wie auch in anderen Fällen ist der Umkehrschkuß auch hier kein sicheres Argument. Häufiger ist Analogie anzuwenden, das argumentum e contrario ist nur dann am Platz, wenn der Gesetzgeber die enge Fassung des Gesetzes gerade in der Absicht wählte, andere Fälle auszuschließen[2]). Ebenso kann man, wenn man nur den

---

1) § 91 VI c; a. M. die herrschende Ansicht, vgl. Staudinger § 1757, 1; Planck 1; RGRK. 2; Fischer-Henle 1; Meissner aaO. und Neumann aaO; Kipp § 91 N. 24; Crome § 622 N. 64; Endemann § 210 Ziff. 2; Goldmann-Lilienthal S. 377 N. 49; Eck-Leonhard S. 528 N. 5; Hamburg OLG. 6, 289; 7, 425; KG. OLG. 18, 283; 37, 244; 42, 186.

2) Enneccerus § 53 II; Oertmann: Einl. XX; Mot. I, 14. ff; Prot I, 2; Staudinger Bd. 1 S. 17 ff. mit Literatur.

Wortlaut betrachtet, auf Grund ausdehnender Auslegung folgern: da das Gesetz zugebe, daß in gewissen Fällen die Fehlerhaftigkeit der Voraussetzungen die Rechtsgültigkeit der einmal erteilten EE. und AK. nicht berühre, so gehe daraus hervor, daß auch in anderen Fällen der Fehlerhaftigkeit die EE. und die AK. gültig bleibe; das Gesetz habe in den §§ 1735, 1736 nur ganz besonders wichtige Fälle ausdrücklich hervorgehoben. Auch diese Lösung, die sich an den Wortlaut des Gesetzes hält, befriedigt nicht.

Eine zufriedenstellende Antwort läßt sich m. E. auch nicht **allgemein** für **alle** Fälle geben, sondern es ist in jedem Fall der Fehlerhaftigkeit im Wege der teleologischen Auslegung **einzeln** zu untersuchen, welche Folgen diese für die Rechtsgültigkeit der AK. und EE. hat[1]).

Die Bestätigung der AK. begründet nicht einmal die Vermutung für die Rechtsgültigkeit der AK.[2]). Ebensowenig wie die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung eines Vertrages oder die Entmündigung die Vermutung der Gültigkeit für sich hat, kann hier der Bestätigungsbeschluß die Beweislast umkehren.

III.

§ 3. Gänzliches Fehlen der Erklärungen der beteiligten Privatpersonen.

Die EE. setzt grundsätzlich die Zustimmungserklärungen bestimmter Personen voraus, nämlich die Einwilligung des Kindes, der Mutter des Kindes und der Frau des Vaters, die AK. fordert grundsätzlich einen Vertrag zwischen dem Annehmenden und dem Kind und ferner die Einwilligung der Eltern, des Ehegatten des Kindes und des Ehegatten des Annehmenden. Nur in bestimmten im Gesetz ausdrücklich hervorgehobenen Fällen sind diese Erklärungen entbehrlich oder können ersetzt werden; vgl. § 1726 Abs. III, § 1727, § 1746 II, § 1747 II BGB. Fehlt eine dieser Erklärungen, ohne daß sie ersetzt worden oder als entbehrlich erschienen war,

1) Hippel S. 41 ff., 84 ff.

2) Kipp § 91 N. 24; a. M. Kuttner, JherJ. 1893 S. 177

so darf die Bestätigung der AK. oder die EE. nicht erteilt werden. Wird die AK. trotzdem bestätigt oder die EE. erteilt, so sagt das Gesetz nur in den genannten Ausnahmefällen der §§ 1735, 1756, welches die Wirkung des Fehlens der Erklärungen ist, dagegen wird nichts darüber gesagt, welche Folgen das Fehlen der Erklärungen oder deren Fehlerhaftigkeit in anderen Fällen nach sich zieht. Wird sie trotzdem erteilt, so ist sie **nichtig.** Ein Vertrauensschutz gutgläubiger Dritter oder gar des Kindes findet nicht statt.

Ist aber auch dann die EE. nichtig, wenn ein anderer als der Vater den Antrag auf EE. stellt, und daraufhin die EE. erfolgt? Bei der Beantwortung dieser Frage muß man unterscheiden, ob der Vater wußte, daß er nicht der Vater des Kindes sei oder nicht.

Nach § 1725 BGB. muß der Antrag auf EE. die Erklärung des Vaters, daß er das Kind als das seinige anerkenne, enthalten. Die Vaterschaftsanerkennung steht unter dem Schutz des § 169 StGB. Hiernach wird mit Gefängnis bestraft, wer den Personenstand eines anderen vorsätzlich verändert. Das durch die Vaterschaftsanerkennung begründete Verhältnis zwischen Vater und unehelichem Kind ist ein solcher Personenstand im Sinne des StGB., obwohl der Vater und das uneheliche Kind nicht als verwandt gelten; § 1589 II BGB. Das Ehehindernis der Verwandtschaft gilt nämlich nach § 1310 III BGB. auch hier und der Vater ist nach § 1708 BGB. unterhaltspflichtig[1]). Jedoch ist Vorsatz erforderlich.

Weiß also der Vater, daß er nicht der Vater des unehelichen Kindes ist, so verletzt er mit der Vaterschaftsanerkennung den § 169 des StGB. Die Vaterschaftsanerkennung ist daher gemäß § 134 BGB. nichtig, weil sie gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Da der Antrag auf EE. die Vaterschaftsanerkenntnis enthalten muß, ist der Antrag nichtig. Die Nichtigkeit wirkt von Anfang an. Die EE. ist somit erteilt worden, obwohl eine ihrer unentbehrlichen Voraussetzungen fehlte, sie ist daher nichtig[2]).

---

1) Ebermayer S. 269, 5; Olshausen 4a; RGSt. 34, 437; 41, 301 Staudinger § 1589, 3d.; a. M. Frank II, 2.

2) Staudinger § 1735, 2a; a. M. Blume 2; Kipp § 90 IV.

Wenn Kipp behauptet, die „Behandlung betrügerischer Erklärungen im BGB. dulde diese Ansicht nicht", so ist dies m. E. schon aus dem Grunde nicht zutreffend, weil es sich nicht um Betrug handeln kann, da in der Regel kein Vermögensvorteil erstrebt wird. Würde aber eine betrügerische Absicht des Vaters vorliegen, etwa um einen zahlungskräftigen unehelichen Vater von seinen Verpflichtungen zu befreien, so würde der Antrag schon wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sein.

Ist sich dagegen derjenige, der den Antrag auf EE. stellt, nicht dessen bewußt, daß er nicht der Vater des Kindes ist, so wird, wenn sich dieses später herausstellt, infolge ausdrücklicher Bestimmung davon die Wirksamkeit der EE. nicht berührt; vgl. § 1735 BGB.

Fehlt beim Vertrag auf AK. die Erklärung des Annehmenden, so ist nach allgemeinen Grundsätzen über das Zustandekommen eines Vertrages die AK. nichtig, auch wenn die Einigung vorher schon erfolgt sein sollte. Ein Vertrag erfordert Antrag **und** Annahme. Es würde nicht dem Sinne des Gesetzes entsprechen, könnte jemand ohne seinen Willen Adoptivvater werden. Daß die Bestätigung des Gerichtes keine heilende Kraft hat, ist schon vorher gesagt worden.

Gibt sich jemand fälschlich als den Annehmenden aus, so ist weder mit ihm noch mit dem, dessen Namen er mißbraucht hat, ein Vertrag zustande gekommen; mit dem Annehmenden schon deshalb nicht, weil dieser sich gemäß § 1750 II nicht vertreten lassen kann. Auch mit dem Vertreter ist kein Vertrag zustande gekommen, da der Wille des Kindes nicht dahin ging, mit ihm einen Vertrag zu schließen. Anders ist es dagegen, wenn jemand unter falschem Namen ein Kind annimmt. Die Gültigkeit des Annahmevertrages wird durch den Gebrauch des falschen Namens nicht berührt; das Kind hat Anspruch auf den wirklichen Namen des Annehmenden. Anders wird dagegen zu entscheiden sein, falls der Annehmende dem Kinde einen falschen Namen vorspiegelt. Hierin wird in der Regel für das Kind ein Anfechtungsgrund nach § 119 BGB. liegen, falls der Name für das Kind von wesentlicher Bedeutung, also für die Einigung des Vertrages kausal war.

Hat das Kind oder unter den Voraussetzungen des § 1750 sein Vertreter den Annahmevertrag nicht mit

abgeschlossen, so ist die AK. mangels eines Annahme-, vertrages trotz gerichtlicher Bestätigung nichtig. Daß jemand ohne seinen Willen adoptiert werden kann, liegt nicht im Sinne des Gesetzes. Falls sich jemand für das Kind ausgibt, gilt das Gleiche wie für den Annehmenden, da beide beim Abschluß des Vertrages als gleichgeordnete und gleichwertige Parteien gegenüber stehen.

Gibt sich im Falle des § 1750 I,2 ein anderer als der gesetzliche Vertreter des Kindes aus, so ist mangels einer Erklärung des gesetzlichen Vertreters ein Vertrag nicht zustande gekommen. Auch für den gesetzlichen Vertreter gilt die Vorschrift des § 1750 I,1, daß Vertretung unzulässig ist. Daher ist der Vertrag auch dann nichtig, falls sich jemand als den Angenommenen mit dessen Einverständnis bei dem Abschluß des Vertrages bezeichnet hätte.

Sind mehrere gesetzliche Vertreter vorhanden, und hat der eine die Sorge für die Person, der andere die Sorge für das Vermögen und die Vertretung des Kindes, wenn zum Beispiel die Ehe der Eltern geschieden und das Kind der Mutter „zugesprochen" worden ist, so wird die Zustimmung beider erforderlich sein. Fehlt die Zustimmung eines der beiden gesetzlichen Vertreter, so ist die AK. nichtig. M. E. genügt es nicht, daß nur derjenige gesetzliche Vertreter, dem die Sorge für die Person des Kindes, nicht aber der, dem die Vertretungsbefugnis zusteht, zustimmt[1]), da durch AK. die gesetzliche Vertretung unter Einschluß der Vermögensverwaltung auf den Annehmenden übergeht.

Hat das Kind bei der EE. bis zu deren Wirksamwerden nicht eingewilligt, so ist die EE. nichtig[2]). Dies ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaut des § 1726: „Die Einwilligung des Kindes .... ist erforderlich", sondern auch aus dem Sinn und Zweck dieser Bestimmung. Bei der EE. ist nämlich die Einwilligung des Kindes deshalb erforderlich, weil es nicht ohne oder gar gegen seinen Willen, sofern es 14 Jahre alt ist, in die Familie des Vaters hineingedrängt werden soll. Auch der Entwurf hat hier nichts geändert.

---

1) So RGRK. § 1750, 1, wo allerdings nur von der Person, der die Sorge für das Vermögen zusteht, die Rede ist.

2) Staudinger § 1723, 3.

Haben die Mutter des Kindes und die Frau des Vaters nicht in die EE. vorher eingewilligt, so bewirkt auch dies die Nichtigkeit der EE. Dies bestätigt nicht nur der Wortlaut des § 1726, sondern ergibt sich auch daraus, daß mit dieser Bestimmung die Frau des Vaters und die Mutter des Kindes geschützt werden sollen, für die die EE. einen erheblichen Eingriff in ihr persönliches Leben darstellt.

Mit der EE. verliert nämlich die Mutter nach § 1738 das Recht, für die Person des Kindes zu sorgen. Ferner erhält das Kind nach §§ 1736, 1706 den Familiennamen des Vaters, während es vorher den der Mutter trug. In der ersten Kommission für den Entwurf eines BGB. hatte man die Zustimmung der Mutter nicht vorgesehen. Mit Rücksicht auf ihre Rechte wurde dies jedoch dann in der zweiten Kommission eingeführt[1]). Die Einwilligung der Mutter ist selbst dann erforderlich, wenn ihr die Sorge für die Person des Kindes entzogen ist. Der Entwurf will hier eine Aenderung eintreten lassen.

Ferner ist auch für die Frau des Vaters die EE. von großer Bedeutung. Durch die EE. wird allerdings das Kind nicht mit ihr verschwägert, vgl. § 1737 I,2. Trotzdem stellt die EE. zumeist, und zwar nicht nur in vermögensrechtlicher Beziehung einen starken Eingriff in ihr eheliches Leben, insbesondere mit Rücksicht auf etwaige Kinder, dar.

Fraglich ist, ob die Einwilligung der Frau des Vaters auch dann erforderlich ist, wenn gemäß § 1575 BGB. auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erkannt ist. Staudinger[2]) hält auch in diesem Fall die Zustimmung nicht für entbehrlich. Dies ist jedoch m. E. nicht zutreffend. Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ist in diesem Fall der Scheidung der Ehe gleichzustellen, weil die oben erwähnten Gründe, die die Einwilligung der Frau des Vaters bei Bestehen der Ehe für erforderlich erscheinen lassen, hier nicht mehr vorliegen, und gemäß § 1586 BGB. die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen eintreten; abgesehen davon, daß die Eingehung einer neuen Ehe verboten ist[3]). Nach dem Entwurf § 1727 ist die Einwilligung der Frau des

1) Prot. IV, 708.

2) Staudinger § 1726, 1b; desgl. Birkenbihl S. 207.

3) Planck § 1726, 1; Blume: 1 RGRK. 3.

Vaters nicht erforderlich, wenn sie von ihm getrennt lebt, und zwar auch dann, wenn sie nicht berechtigt ist, die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft zu verweigern.

Ist die Ehe überhaupt nicht ins Heiratsregister eingetragen und daher absolut nichtig, oder wirksam angefochten, so ist die Einwilligung der Frau des Vaters nicht erforderlich[1]).

Hat sich der Vater nach Stellung des Antrags auf EE. verheiratet, so ist die Einwilligung seiner Frau nicht erforderlich, da der Antrag vor bestehender Ehe gestellt war und damals eine Ehe nicht berührte.

Die Einwilligungserklärung der Frau des Vaters und der Mutter des Kindes sind aber nicht unbedingt erforderlich. Gemäß § 1726 III können ihre Einwilligungserklärungen ersetzt werden, wenn sie zur Abgabe einer Erklärung außerstande oder ihr Aufenthalt dauernd unbekannt ist. Ob die Voraussetzungen für die Anwendung dieser Bestimmung gegeben sind, entscheidet die für die EE. zuständige Behörde nach freiem Ermessen. Ist dabei die Behörde von der irrigen Vorstellung ausgegangen, daß die Voraussetzungen des § 1726 III gegeben seien, während sie in Wirklichkeit nicht vorlagen, so wird hiervon kraft ausdrücklicher Vorschrift die Gültigkeit der EE. nicht berührt. Nach § 1735 ist es nämlich auf die Wirksamkeit der EE. ohne Einfluß, wenn mit Unrecht angenommen worden ist, daß die Mutter des Kindes oder die Frau des Vaters zur Abgabe einer Erklärung dauernd außerstande oder ihr Aufenthalt dauernd unbekannt sei. Hat dagegen die zur Entscheidung zuständige Stelle das Vorhandensein der Mutter des Kindes oder der Frau des Vaters übersehen, so ist die EE. nichtig[2]), denn, ohne daß die zuständige Behörde die Einwilligung der Mutter für entbehrlich gehalten hat, darf mit Rücksicht auf den bedeutsamen Rechtsverlust, den die Mutter erleidet, die EE. nicht erteilt werden.

Ferner kann die Einwilligung der Mutter des Kindes gemäß § 1727 ersetzt werden, wenn sie von der Mutter verweigert wird, und das Unterbleiben der EE. dem Kinde zu unverhältnismäßigem Nachteil gereichen

---

1) Staudinger § 1726, 1b.

2) RGRK. § 1735, 3; a. M. Blume: 3

würde. Hier kann jedoch nicht die zur Entscheidung über die EE. zuständige Stelle entscheiden, sondern die Einwilligung der Mutter wird durch das Vormundschaftsgericht ersetzt. Darüber, ob die Voraussetzungen des § 1727 vorliegen, entscheidet das Vormundschaftsgericht nach freiem Ermessen. Die Mutter kann daher nicht die Nichtigkeit der Ehelichkeitserklärung auf die Behauptung stützen, das Vormundschaftsgericht sei bei der Entscheidung von falschen Voraussetzungen ausgegangen. Ihr steht vielmehr gemäß § 20 I, § 60 Nr. 6, 53 FGG. gegen die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts die sofortige Beschwerde zu, und auch das Beschwerdegericht hat über die Ermessensfrage zu entscheiden. Hat das Vormundschaftsgericht dem Antrag auf Ersetzung der Genehmigung der Mutter stattgegeben, die Mutter dagegen sofortige Beschwerde eingelegt, die zur Entscheidung über die EE. zuständige Stelle aber die EE. erteilt, ohne die Entscheidung des Beschwerdegerichts abzuwarten, so ist, wenn das Beschwerdegericht den Beschluß des Vormundschaftsgerichts aufhebt, die EE. nichtig; denn die Einwilligung der Mutter lag weder vor noch war sie ersetzt worden.

Die Ersetzung der Einwilligung der Mutter erfolgt gemäß § 1727 auf Antrag des Kindes. Fraglich ist, ob der Beschluß, durch den die Einwilligung der Mutter ersetzt wird, auch dann wirksam ist, wenn er ohne Antrag des Kindes ergangen ist. M. E. ist der Beschluß in diesem Fall nichtig. Wenn das Gesetz sagt, ein Beschluß könne nur auf Antrag einer bestimmten Person ergehen, so liegt darin, daß das Fehlen des Antrags die Nichtigkeit des Beschlusses zur Folge hat, wie denn auch die EE., die ohne Antrag des Vaters verfügt ist, nichtig ist.

Ferner ist fraglich, ob die EE. auch dann wirksam ist, wenn sie auf Antrag eines minderjährigen Kindes ohne Mitwirkung eines gesetzlichen Vertreters verfügt worden ist. Die herrschende Meinung[1]) verneint diese Frage mit der Begründung, der § 59 FGG. lasse das Antragsrecht des Kindes für diesen Fall nicht zu. Dies ist m. E. jedoch nicht überzeugend. Das Gesetz hat eine Regelung dieses Falles nicht vorgesehen; denn es handelt sich weder um eine Beschwerde des Kindes (§ 59

1) Staudinger § 1727, 1a; Blume 2a; Planck 1a; Goldmann-Lilienthal S. 366; Anm. 44; a. M. RGRK. § 1727, 1.

S. 1 FGG.), noch um eine Angelegenheit, in der das Kind erst vom Vormundschaftsgericht zu hören wäre (§ 59 S. 2 FGG.). Der Sinn des § 59 steht m. E. nicht dem Antragsrecht des Minderjährigen in diesem Fall entgegen, sondern fordert eher seine Ausdehnung auch auf diese Fälle; denn es ist der Zweck des § 59, dem Kind zu gestatten, wenn es ein gewisses Alter erreicht hat, auf seine Angelegenheiten selbst fördernd einzuwirken. Dagegen kann m. E. unter entsprechender Anwendung des § 59 FGG. einem noch nicht vierzehnjährigen Kind ein Antragsrecht im Sinne des § 1727 BGB. nicht zustehen, da es noch nicht die erforderliche Einsicht besitzen kann[1]). Ergeht somit ein Beschluß nach § 1727 BGB. auf Antrag eines noch nicht vierzehnjährigen Kindes, so ist der Beschluß nichtig. Die Nichtigkeit dieses Beschlusses hat dann die Nichtigkeit einer bereits erfolgten EE. zur Folge.

Auch die AK. erfordert wie die EE. die Einwilligung bestimmter Personen. Haben diese nicht eingewilligt, so ist die AK. trotz gerichtlicher Bestätigung regelmäßig nichtig.

Ein eheliches Kind kann bis zur Vollendung seines 21. Lebensjahres nur mit Einwilligung seiner Eltern an Kindesstatt angenommen werden, vgl. § 1747 BGB. Fehlt die Einwilligung, so ist die AK. trotz gerichtlicher Bestätigung regelmäßig nichtig; denn nach § 1765 verlieren die leiblichen Eltern mit der AK. die elterliche Gewalt über das Kind und dieses erhält einen anderen Familiennamen. Diese bedeutsamen Folgen dürfen regelmäßig nicht ohne den Willen der Eltern eintreten. Ferner heißt es im § 1747: „kann" nur; es handelt sich nicht bloß um eine Sollvorschrift. Nicht nur der Elternteil, dem die elterliche Gewalt zusteht, muß zustimmen, sondern beide Elternteile und zwar selbst dann, wenn die Ehe geschieden und ein Elternteil für den allein schuldigen Teil erklärt worden ist[2]). Kinder, die durch nachfolgende Ehe oder AK. ehelich geworden sind, sind eheliche Kinder und bedürfen daher der Zustimmung ihrer Eltern. Die Einwilligung der Eltern ist selbst dann erforderlich, wenn ihnen die Sorge für die Person des Kindes entzogen ist. Denn das Recht der Sorge für die

---

1) RGRK. § 1727, 1.
2) Staudinger § 1747, 1b.

Person des Kindes ist nur ein Teil der elterlichen Gewalt.

Ein uneheliches Kind kann gemäß § 1747 BGB. bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres nur mit Einwilligung der Mutter adoptiert werden. Aus den gleichen Gründen wie bei den ehelichen Eltern ist die ohne Einwilligung der unehelichen Mutter erfolgte AK. nichtig.

Die Einwillignug der unehelichen Mutter ist auch dann erforderlich, wenn das Kind für ehelich erklärt worden ist. Es ist alsdann die Einwilligung des Vaters **und** der Mutter nach § 1747 erforderlich.

Die Einwilligungserklärungen können nicht wie bei der EE. im Fall des § 1727 durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden, auch wenn das Unterbleiben der AK. dem Kind zu unverhältnismäßigem Nachteil gereichen wird. Nach dem Entwurf § 1747 bedarf es der Einwilligung des Elternteiles oder der unehelichen Mutter, der die Sorge für die Person des Kindes entzogen ist, nicht mehr.

Die Einwilligung ist wie bei der EE. nicht erforderlich, wenn derjenige, der die Einwilligung erklären soll, zur Abgabe der Erklärung dauernd außerstande oder sein Aufenthalt dauernd unbekannt ist; vgl. § 1746 II, 1747 S. 2. Das Gericht entscheidet bei der Bestätigung nach freiem Ermessen, ob diese Voraussetzungen gegeben sind.

Von dem Erfordernis der elterlichen Einwilligung muß nach §§ 1747, 1746 II abgesehen werden, wenn man, wie z. B. bei Findelkindern, nicht weiß, wer dessen Eltern sind[1]). Sonst wäre eine AK. bei Findelkindern ausgeschlossen, obwohl sie gerade hier ganz besonders wichtig und bedeutungsvoll ist.

Ferner ist nach § 1746 die AK. nichtig, falls der Ehegatte des Annehmenden und des Angenommenen in die AK. nicht eingewilligt hat, sofern nicht der Ehegatte zur Abgabe einer Erklärung dauernd außerstande oder sein Aufenthalt dauernd unbekannt ist. Denn wie die EE. stellt die AK. einen erheblichen Eingriff in die Rechte und Interessen der Ehegatten dar. Die Folge der Nichtigkeit ergibt sich auch aus dem Wortlaut des § 1746: „kann nur".

Die Einwilligung ist zwingendes Erfordernis, solange nicht die Ehe durch Tod, Scheidung oder erfolg-

1) Staudinger § 1747, 6

reiche Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage aufgelöst ist[1]). Der Ehegatte muß also selbst dann einwilligen, wenn er von dem anderen Ehegatten getrennt lebt. Ist jedoch auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erkannt, so braucht aus den gleichen Gründen wie bei der EE. der Ehegatte nicht einzuwilligen[2]). War dagegen die Ehe überhaupt nicht ins Heiratsregister eingetragen worden, so ist die Einwilligung nicht erforderlich. Nach dem Entwurf § 1746 soll die Einwilligung des Ehegatten entbehrlich sein, wenn er von dem Annehmenden oder dem Angenommenen dauernd getrennt lebt, ohne berechtigt zu sein, die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft zu verweigern.

Hat sich der Angenommene oder der Annehmende nach Abschluß des Vertrages verheiratet, so braucht sein Ehegatte nicht einzuwilligen; denn die Zeit des Abschlusses des Vertrages ist für die Frage, welche Personen einwilligen müssen, maßgebend, da bei der AK. das Hauptgewicht auf dem Vertrag liegt. Thalmann[3]) will diese Frage nach § 1753 II entschieden wissen; die Einwilligung sei dann nicht erforderlich, wenn der Antrag auf Bestätigung bereits bei dem zuständigen Gericht eingereicht oder das Gericht oder der Notar mit der Einreichung betraut war. Für diese Anwendung besteht m. E. kein Grund; da § 1753 II nur für den Fall des Todes eine Sonderregelung trifft. Anders ist es dagegen, wenn nach dem Antrag auf EE. der Vater heiratet. Hier muß seine Frau zustimmen, weil das Hauptgewicht nicht auf dem Antrag, sondern der Verfügung der Staatsgewalt beruht.

Der Antrag des Vaters auf EE., der Annahmevertrag und die Einwilligungserklärungen müssen bereits vor Erteilung der EE. oder der gerichtlichen Bestätigung der AK. vorliegen. Fehlte eine dieser Willenserklärungen z. Zt. der Erteilung der EE. oder der gerichtlichen Bestätigung der AK., so sind diese infolge Fehlens einer wichtigen Voraussetzung nichtig[4]).

Auch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, die nach § 1728 erforderlich ist, wenn der gesetzliche

---

1) Staudinger § 1746, 1

2) Staudinger § 1746, 1; a. M. Planck 1; Erster Entwurf des BGB. § 1610 II; Mot. IV, 965; Blume 2; Spahn S. 36.

3) S. 112 ff.

4) Staudinger § 1726, 6; Mot. IV, 942; a. M. Kohler S. 320.

Vertreter für das beschränkt geschäftsfähige Kind in die EE. eingewilligt hat, kann nicht nach der Erteilung der EE. erklärt werden, und ihr Fehlen hat die Nichtigkeit der EE. zur Folge. Es handelt sich nämlich nicht um die Genehmigung eines Vertrages, sondern um ein einseitiges Rechtsgeschäft, die Erklärung des Vormunds ist daher gemäß § 1831 unwirksam und ihre Nichtigkeit kann nicht durch nachträgliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts behoben werden[1]).

Es entsteht aber die Frage, ob die erforderlichen Erklärungen noch nachträglich abgegeben werden können.

Bei der EE. ist dies m. E. nicht möglich. Die EE. ist kein Rechtsgeschäft, sondern ein Staatsakt. Da somit nicht die Einwilligung zu einem Rechtsgeschäft erklärt werden soll, sondern zu einem staatlichen Akt, ist der § 184 BGB. nicht anwendbar. Die Einwilligung wirkt hier nur also ex nunc[2]). Wäre es anders, hätte es eine Privatperson in der Hand, ob sie einem Staatsakte Wirksamkeit verleihen soll oder nicht: eine Machtstellung, die ein Staat einer Privatperson bei einem für die Beteiligten so bedeutsamen Vorgang nicht einräumen kann.

Solange die AK. nicht durch Gerichtsbeschluß bestätigt ist, können die Einwilligungserklärungen nachgeholt werden. Sie brauchen nicht schon bei Abschluß des Annahmevertrages vorzuliegen. Kipp[3]) schließt aus dem Wortlaut des § 1746, der von der „Einwilligung" spricht, daß nach § 183 BGB. „vorherige Zustimmung" damit gemeint sei. Diese Auslegung schließt sich aber zu eng an den Wortlaut des Gesetzes an. Wenn diese Begriffsbestimmung im Allgemeinen Teil des BGB. gebraucht wird, so ergibt sich daraus noch nicht mit zwingender Notwendigkeit, daß sie auch im Familienrecht die gleiche Bedeutung hat. Hinzu kommt, daß kein Grund besteht, hier die nachträgliche Einwilligung nicht zuzulassen. Auch im ersten Entwurf eines BGB. war ausdrücklich bestimmt, daß vor der Bestätigung die Einwilligung nachträglich erklärt werden könne. Im zweiten

1) Staudinger § 1728, 2; Mot. IV, 994; KG. OLG. 43, 375.

2) Staudinger § 1735, 1; Planck § 1726, 2; Fischer-Henle § 1726, 1; Knitschky S. 52 und Spahn S. 30.

3) § 91 II, 5; Sternberg, ZBIFG. 8 S. 649.

Entwurf fand diese Bestimmung als selbstverständlich keine Aufnahme[1]).

Dagegen kann nach der gerichtlichen Bestätigung, die infolge Fehlens einer Einwilligungserklärung nichtig ist, die AK. durch nachträgliche Genehmigung wirksam werden[2]).

Die herrschende Meinung steht allerdings hier auf einem andern Standpunkt: „Mit Rücksicht auf die mit der AK. verbundenen weittragenden, insbesondere auch im Verhältnis zu Dritten sich äußernden Folgen sei ratsam, hier den mit der Zulassung einer späteren Genehmigung eintretenden Schwebezustand zu vermeiden[3])."

Im Gesetz haben aber die Erwägungen, die bei den Vorarbeiten des BGB. stattgefunden haben, keinen Niederschlag gefunden. Daher muß es bei der Regelung des § 184 BGB. bleiben, nach der die nachträgliche Zustimmung auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurückwirkt. Es mag zugegeben werden, daß dies zuweilen eine gewisse Unsicherheit für den Verkehr zur Folge haben kann. Doch es wäre unbillig und würde von den Beteiligten mit Recht als Spitzfindigkeit empfunden werden, sollte eine AK., die von ihnen jahrelang als gültig betrachtet wurde, plötzlich von Anfang an nichtig sein, weil die Einwilligung eines Einwilligungsverpflichteten bei der gerichtlichen Bestätigung fehlte, obwohl dieser nachträglich seine Einwilligung erklärt hat.

Dies würde m. E. eher eine Gefährdung des Verkehrs darstellen, als wenn man auf Grund der nachträglichen Zustimmung nach § 184 BGB. die AK. rückwirkend als gültig betrachtet.

Die Gründe, die bei der EE. gegen eine Genehmigung eines Einwilligungsberechtigten sprechen, kommen hier nicht in Betracht. Denn bei der AK. handelt es sich um die Zustimmung zu einem Vertrag, bei der EE. dagegen um die Zustimmung zu einem staatlichen Akt. Bei der EE. liegt das Hauptgewicht auf dem staatlichen Akt, bei der AK. auf dem Vertrag, nicht auf der gerichtlichen Bestätigung, die nur eine Prüfung in formeller Beziehung erfordert.

---

1) Staudinger § 1746, 4; RGRK. § 1754, 2; Planck § 1751, 4 Neumann § 1748, 1; Goldmann-Lilienthal S. 378; Mot. IV, 970.
2) a. M. Staudinger § 1746, 4; RGRK § 1754, 2; Mot. IV S. 965 f
3) Mot. IV, 966.

Anders ist es dagegen bei der Genehmigung eines Annahmevertrages, den ein beschränkt Geschäftsfähiger selbst oder durch seinen gesetzlichen Vertreter geschlossen hat. Hier kann die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters oder des Vormundschaftsgerichts nachträglich erfolgen, da es sich um die Zustimmung zu einem Vertrag handelt[1]).

§ 4. Formfehler.

Die zur EE. und AK. erforderlichen Erklärungen müssen in bestimmten Formen abgegeben werden. Der Antrag auf EE., die Einwilligungserklärungen in diese und die AK. bedürfen der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Der Annahmevertrag muß bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor Gericht oder Notar abgeschlossen werden.

Dagegen bedarf die Einwilligungserklärung, die der gesetzliche Vertreter nach § 1728 II, 1751 für das Kind oder den Annehmenden abgibt, nicht der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, da gemäß § 1748 III, 1730 diese Form nicht erforderlich ist. Nach dem Entwurf § 1733 kann der Antrag auf EE. auch in einem vor dem Richter oder Notar errichteten Testament gestellt werden.

Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, so ist die EE. oder AK. trotz gerichtlicher Bestätigung oder Verfügung der Staatsgewalt nichtig. Denn die Formvorschriften sollen der hohen Bedeutung der AK. und EE. Rechnung tragen und verhindern, daß die Beteiligten leichthin ihre Erklärungen abgeben. Ferner soll den Behörden die Prüfung der Voraussetzungen erleichtert werden. Dieser Zweck des Gesetzes würde vereitelt werden, wenn man den formlos abgegebenen Erklärungen dieselbe rechtliche Bedeutung zuerkennen würde.

Die gleiche Folge tritt grundsätzlich ein, wenn die Einwilligungserklärungen und der Antrag auf EE. zwar vorliegen, aber von einem Vertreter abgegeben worden sind. Nach §§ 1728, 1747 II,1 ist Vertretung grundsätzlich ausgeschlossen. Nur für nicht Vollgeschäftsfähige bestehen gewisse Ausnahmen. Dagegen ist eine Vertretung in der Erklärung des Willens zulässig, da hier

1) Staudinger § 1751, 2.

der Vertreter nichts anderes als den Willen des Vertretenen, nicht seinen eigenen erklärt[1]).

Anders ist es dagegen beim Annahmevertrag. Hier bestimmt das Gesetz, daß er bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile geschlossen werde; § 1750 II. Es ist nicht die Fassung des § 1317 BGB. gewählt, der die „persönliche Anwesenheit" der Eheschließenden fordert. Trotzdem wird man nach Sinn und Zweck des § 1750 II eine Vertretung im Willen für unzulässig halten und annehmen müssen, daß ein Vertrag, der ohne Beobachtung dieser Grundlage geschlossen wurde, nichtig ist. Der Zweck des § 1750 II ist es, daß die Vertragschließendenden vor Richter oder Notar persönlich erscheinen, um sich der Wichtigkeit des Schrittes bewußt zu werden. Dies würde verhindert, wenn die Parteien formlos einen Dritten beauftragen könnten. Auch kann demgegenüber nicht mit Erfolg eingewendet werden, daß bei einer Auflassung eine Vertretung zulässig und üblich ist, da bei der Auflassung eine Vertretung nach § 925 BGB. nicht ausgeschlossen ist.

Ist in den Erklärungen der Beteiligten oder im Annahmevertrag eine Bedingung oder Befristung enthalten, so ist nach § 1742 BGB. die AK. nichtig. Für den Antrag auf EE. ist dies im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen. Es ist aber bestimmt, daß die EE. nicht unter einer Bedingung oder Befristung erteilt werden kann; vgl. § 1724 BGB. Aus dem Sinn dieser Vorschrift, es soll nämlich hierdurch vermieden werden, daß unklare Verhältnisse entstehen, ergibt sich, daß sie entsprechend auf den Antrag auf EE. anzuwenden ist[2]). Aus dem gleichen Grunde darf auch das Vaterschaftsanerkenntnis nicht eine Bedingung oder Befristung enthalten[3]).

Eine Ausnahme ist jedoch m. E. für den Fall zu machen, daß es sich um eine aufschiebende Bedingung handelt, die bereits eingetreten ist. Hier hätte es das Gericht oder die zuständige Behörde in der Hand gehabt, dies zu beanstanden. Hat sie es aber nicht getan, sondern die EE. erteilt oder den Annahmevertrag bestätigt und

---

1) Staudinger § 1728, 1; 1748, 2; Planck § 1728, 1; RGRK. 1.
2) Staudinger § 1725, 4; Planck Anm. 5; RGRK. 1; Kuhlenbeck 1; a. M Blume 1.
3) Staudinger § 1725. 4; Kuhlenbeck 1; Opet S. 374; Birkenbihl S. 206; a. M Neumann § 1725, 2a; Spahn S. 44.

ist die Bedingung eingetreten, so besteht mangels jeden Anhalts dafür kein Bedürfnis, die AK. oder die EE. als nichtig zu betrachten; insbesondere bedarf der Erklärende keines Schutzes, da der Umstand, von dessen Eintritt er seine Erklärung abhängig machte, eingetreten ist[1]).

Ebenfalls ist es auf die Gültigkeit der AK. oder der EE. ohne Einfluß, wenn ein gesetzliches Erfordernis als Bedingung gesetzt wird[2]), z. B. der Vater stellt den Antrag auf EE. unter der Bedingung, daß seine Frau einwilligt. Es handelt sich hier bei der Zustimmung nämlich gar nicht um eine Bedingung für die Wirksamkeit des Antrages des Vaters, sondern um eine unentbehrliche Voraussetzung für die Erteilung der EE. Ob die Zustimmung der Frau vorliegt, müßte ohnehin geprüft werden.

§ 5. Mängel an der Geschäftsfähigkeit.

Nicht nur die Einwilligungserklärungen der Beteiligten und die Erklärungen, die den Annahmevertrag bilden, sondern auch der Antrag auf EE. stellen Willenserklärungen im Sinne des BGB. dar[3]). Denn der Antrag auf EE. ist nicht nur öffentlich rechtlicher Natur, wie z. B. der Antrag auf Erteilung der Schankerlaubnis nach der Gewerbeordnung, sondern er ist die Grundlage für die beabsichtigten Rechtsfolgen im Privatrecht, nämlich die Begründung des Verwandtschaftsverhältnisses zwischen Vater und Kind.

Zur Abgabe der erforderlichen Erklärungen sind daher grundsätzlich nur voll Geschäftsfähige befugt und die EE. oder AK. ist infolge Fehlens einer unentbehrlichen Voraussetzung nichtig, falls die Willenserklärung aus diesem Grunde unwirksam ist. Denn auch bei der EE. und der AK. verdienen die nicht voll Geschäftsfähigen den im BGB. vorgesehenen Schutz. Auf den guten Glauben des bestätigenden Gerichts oder der für die EE. zuständigen Behörde kommt es hierbei nicht an. Nur unter bestimmten im Gesetz ausdrücklich erwähnten Voraussetzungen kann die Erklärung des Beteiligten durch

1) Dernburg § 94 V; a. M. Staudinger § 1742, 1.
2) RGRK. § 1742, 1.
3) Staudinger § 1725, 3 u. 4; Planck 3; Mot. S. 938, 950, a. M. Kipp § 90, II, 2.

einen gesetzlichen Vertreter abgegeben werden; mitunter ist zudem die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nach §§ 1728 f., 1748, 1751 nötig. In gewissen Fällen, wenn z. B. der Vater oder der Annehmende geschäftsunfähig ist, ist eine wirksame EE. oder AK. völlig ausgeschlossen[1]).

Das Gleiche gilt für die Willenserklärungen der einwilligungsberechtigten Personen. Hat also die Frau des Vaters ihre Einwilligung in die EE. im Zustand der Geschäftsunfähigkeit erklärt, ohne daß sie nach § 1726 III zur Abgabe einer Erklärung dauernd außerstande war, so ist ihre Erklärung nichtig und somit auch die daraufhin erfolgte EE.

Verliert der Erklärende nach Abgabe seiner Erklärung die volle Geschäftsfähigkeit, so ist dies gemäß § 130 BGB. auf die Wirksamkeit seiner Willenserklärung ohne Einfluß[2]) und zwar auch dann, wenn dieser Mangel in der Geschäftsfähigkeit vor der Entscheidung der Behörde eintritt. Wird der Vater also beschränkt geschäftsfähig, bevor die EE. erteilt ist, so wird dadurch die alsdann erteilte EE. nicht nichtig. Das Gleiche gilt für die Willenserklärungen beim Kindesannahmevertrag und für die Erklärungen der einwilligungsberechtigten Personen[3]).

§ 6. Willensmängel.

Ferner kann auch infolge von Willensmängeln der Erklärungen der Beteiligten die Nichtigkeit der EE. oder der AK. herbeigeführt werden, wenn nämlich auf Grund der Bestimmungen des Allgemeinen Teils des BGB. die Erklärungen wirksam angefochten werden. Wird eine der Erklärungen wirksam angefochten, so gilt sie gemäß § 142 BGB. als von Anfang an nichtig. Es wird somit rechtlich so angesehen, als sei die Erklärung **nie** dagewesen. Fehlt aber eine der unentbehrlichen Willenserklärungen, so ist die EE. und AK. nichtig. Die Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB., die den, der eine mit einem Willensmangel behaftete Erklärung abgegeben hat, schützen wollen, müssen auch im Gebiet der AK. und EE. Anwendung finden.

---

1) Staudinger § 1728, 1, 1751, 1.
2) Staudinger § 1733, 2.
3) Staudinger § 1753, 2; Neumann, 4; Kuhlenbeck, 2; Fränkel S. 192; Scheurl S. 42; Mot. IV, 976; Prot. IV, 727.

Als Anfechtungsgrund kommt in erster Linie der § 119 I BGB. in Frage. Wollte ein Beteiligter eine Erklärung des Inhalts, wie er sie abgegeben hat, überhaupt nicht abgeben, wenn er sich z. B. versprochen oder verschrieben hat, so ist seine Erklärung anfechtbar. Ferner trifft dies auch dann zu, wenn er über den Inhalt der Erklärung im Irrtum war. Glaubt also ein Beteiligter, es handele sich um etwas anderes als um die EE. oder die AK., so kann er seine Erklärung anfechten. Ein Irrtum über die einzelnen Rechtsfolgen der EE. oder AK. ist jedoch unerheblich. Erteilt also die Mutter des für ehelich zu erklärenden Kindes ihre Einwilligung, so ist es unerheblich, ob sie glaubte, das Kind erhalte nicht den Namen des Vaters, sondern behalte den ihren.

Bedeutungsvoller ist der Anfechtungsgrund gemäß § 119 Abs. II BGB. wegen Irrtums über die verkehrswesentlichen Eigenschaften der beteiligten Personen. Beteiligt sind in diesem Sinne bei der EE. der Vater und das Kind, bei der AK. der Annehmende und der Angenommene. Was als eine solche Eigenschaft, die im Verkehr als wesentlich anzusehen ist, bei der EE. oder der AK. gilt, ist Tatfrage.

Als solche Eigenschaften der beteiligten Personen kommen natürlich nur solche in Frage, die einen nennenswerten Einfluß auf die Wertschätzung der Person auszuüben im Stande sind. Also z. B. Bestrafung mit Zuchthaus oder Leiden an einer unheilbaren ansteckenden Krankheit. Allzu strenge Anforderungen kann man hier nicht stellen, und gewisse Fehler des einen muß der andere mit in Kauf nehmen. So wird zum Beispiel Verlogenheit des angenommenen Kindes keinen Anfechtungsgrund bilden, sondern es ist gerade Aufgabe des Annehmenden, hier als Erzieher fördernd zu wirken.

Sollte die Willenserklärung durch Drohung erzwungen sein, so kann sie nach § 123 BGB. angefochten werden. Ein gewisser Druck, der auf minderjährige Kinder ausgeübt wird, kann jedoch, wenn er sich in vernünftigen Grenzen und im Rahmen des Erziehungsrechtes hält, nicht als Drohung angesehen werden. Unerheblich ist nach § 123, von wem die Drohung ausgeht.

Bedeutungsvoll ist ferner die Anfechtungsmöglichkeit wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB. Arglistig ist die Täuschung dann, wenn sie in der Absicht, den Erklärenden zu einer Willenserklärung, die

er sonst nicht abgegeben hätte, und die ihm Schaden bringt, zu veranlassen, vorgenommen wird[1]). Dies ist jedoch nicht unbestritten. Nach Oertmann[2]) ist es z. B. unerheblich, ob die Willenserklärung dem Erklärenden einen Schaden bringen soll oder nicht. Auch durch Verschweigen kann eine arglistige Täuschung hervorgerufen werden; es muß jedoch eine Rechtspflicht zum Mitteilen für den Täuschenden bestehen[3]). Dies ergibt sich zwar nach Treu und Glauben bei der AK. aus dem durch die Vorverhandlungen zum Annahmevertrag begründeten Rechtsverhältnis, fehlt aber bei der EE. mangels jeglicher vertraglicher Bindung unter den Beteiligten. Hat also der Vater verschwiegen, daß er mit Zuchthaus bestraft worden ist, so ist dies bei der EE. kein Anfechtungsgrund wegen arglistiger Täuschung; wohl aber bei der AK., da hier eine Rechtspflicht zur Darlegung der für den Abschluß des Vertrages maßgeblichen Punkte besteht. Ein Anfechtungsgrund besteht aber, falls bei der EE. der Vater auf eine Frage dem Kinde oder dessen gesetzlichen Vertreter gegenüber erklärt hat, er sei nie mit Zuchthaus bestraft worden.

Hat ein Dritter die Täuschung verübt, so ist die Erklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben war, nach § 123 II BGB. nur dann anfechtbar, wenn dieser die Täuschung kannte oder kennen mußte. Daher ist, falls die Mutter dem Vater arglistig vorgespiegelt hat, sie habe nur mit ihm in der Empfängniszeit verkehrt, der Antrag auf EE. nur anfechtbar, falls das Kind die Täuschung kannte oder kennen mußte, da die Mutter als Dritte im Sinne des § 123 II gilt[4]). Möglicherweise hat aber in diesem Fall der Vater ein Anfechtungsrecht nach § 119. Der Vertreter ist nicht Dritter; denn er ist selbst bei der Erklärung, wenn auch nicht im eigenen Interesse, so doch für einen anderen tätig gewesen[5]).

Zur Anfechtung seiner Erklärung ist jeder Erklärende berechtigt. Mit Rücksicht auf die höchstpersönliche Natur und die Bedeutung der hier in Rede stehenden Willenserklärungen gilt jedoch auf Grund der

---

1) RGRK. § 123, 2.
2) § 123 B 1.; vgl. auch die dort angegebene Literatur.
3) Oertmann § 123 B 1 e.
4) Jacubezki, Recht 1913 S. 327; a. M. Goldmann-Lilienthal S. 364 Anm. 31.
5) Oertmann § 123 B 3 b.

besondern gesetzlichen Bestimmungen der §§ 1731, 1755, daß die Anfechtung der Erklärung grundsätzlich nur unter denselben Voraussetzungen wie die Abgabe möglich ist.

Es ergibt sich also, daß, wenn der Vater, dessen Frau oder die Mutter des Kindes nach Abgabe ihrer Erklärung geschäftsunfähig geworden sind, der Antrag auf EE. und die Einwilligungserklärungen in diese überhaupt nicht angefochten werden können; denn die Anfechtung kann nach §§ 1728 f. nicht durch einen Vertreter erklärt werden[1]). Das Gleiche gilt bei der AK., falls die Einwilligungsberechtigten geschäftsunfähig sind oder das Kind älter als 14 Jahre, aber geschäftsunfähig ist; vgl. §§ 1748 Abs. II, 1750 I, 1751[2]).

Das Anfechtungsrecht ist nicht vererblich, da es ein höchstpersönliches und kein Vermögensrecht ist. Obwohl mitunter erhebliche vermögensrechtliche Interessen auf dem Spiel stehen können, können weder die Erben des Vaters und dessen Ehefrau, noch die des Kindes oder der Mutter deren Erklärungen anfechten[3]).

Eine wirksame Anfechtung setzt alsdann noch nach § 143 voraus, daß sie gegenüber dem Anfechtungsgegner erklärt wird. Bei dem Antrag auf EE. ist Anfechtungsgegner nicht das Kind, da es nicht auf Grund des Antrags unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt hat, sondern den rechtlichen Vorteil erlangt das Kind erst auf Grund der EE. Anfechtungsgegner ist vielmehr die Behörde, der gegenüber der Antrag auf EE. angegeben ist[4]). Wird die Anfechtungserklärung nicht gegenüber dem Anfechtungsgegner abgegeben, so ist sie rechtlich bedeutungslos. Bei der Einwilligungserklärung in die EE. ist Anfechtungsgegner der Vater, da ihm gegenüber die Erklärung abgegeben worden ist; vgl. § 143 III. Steht dem Vater die elterliche Gewalt über das Kind zu, so muß für die Anfechtung, die vom Vater oder vom Kind ausgeht, gemäß §§ 1630, 1795, 181, 1909 BGB. ein Pfleger bestellt werden.

---

1) Staudinger § 1731, 2.

2) Staudinger § 1755, 2.

3) Staudinger § 1731, 3, 1755, 3; Planck § 1731. 2b; Kipp § 90 II. 5; Birkenbihl S. 214; Ullersberger S. 71; Knitschky S. 50, der zu außerordentlich verwickelten Folgen kommt.

4) Knitschky S. 50; Blume § 1731, 3; a. M. (das Kind ist Anfechtungsgegner): Staudinger § 1731, 1b; Planck 2c; Ullersberger S. 71; zweifelnd Goldmann-Lilienthal S. 364 Anm. 31.

Beim Kindesannahmevertrag ist die andere Vertragspartei Anfechtungsgegner. Wird eine Einwilligungserklärung angefochten, so ist die Anfechtung gegenüber dem Kind oder dem Annehmenden zu erklären, je nachdem, wem gegenüber die Einwilligungserklärung abgegeben worden ist. Anfechtungsgegner sind nach § 143 III Annehmender oder Angenommener auch dann, wenn die Einwilligung gegenüber dem Gericht erklärt ist.

Ist der Anfechtungsgegner gestorben, so ist die Anfechtung nur wirksam, wenn sie gegenüber dem Erben erklärt ist, da auf ihn die Gesamtheit der Rechte und Pflichten des Erblassers übergegangen ist[1]).

Die Anfechtung wegen Irrtums muß nach § 121 ohne schuldhaftes Zögern erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt hat. Die Anfechtung wegen Drohung oder arglistiger Täuschung hat nach § 124 binnen Jahresfrist zu erfolgen. Nach Ablauf von 30 Jahren ist die Anfechtung ausgeschlossen. Auch noch nach Beendigung dieser Fristen kann der Anfechtungsberechtigte dasselbe Ziel erreichen, falls der Anfechtungsgegner sich eine unerlaubte noch nicht verjährte Handlung hat zu Schulden kommen lassen. Er kann dann nämlich nach § 249 die Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangen[2]).

Die anfechtbaren Erklärungen können von dem Anfechtungsberechtigten nach § 144 BGB. bestätigt werden. Auch für die Bestätigung gelten die §§ 1731, 1755, 1728 f., 1748, 1750 f. Die Bestätigung kann formlos erklärt werden und bedarf nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Formen. Ist die Bestätigung erklärt worden, so ist aus dem anfechtbaren Rechtsgeschäft rückwirkend ein vollwirksames geworden, die Anfechtung ist in Zukunft ausgeschlossen. Die AK. und die EE. gelten also als von Anfang an wirksam. Hinzuzufügen ist hier, daß allerdings auch die Bestätigung ein Rechtsgeschäft darstellt und daher anfechtbar oder sogar nichtig sein kann.

---

1) Staudinger § 1731, 1b, 1755, 1 B b.
2) RG. 79, 194; 84, 133; Oertmann § 124, 4.

§ 7. Nichtigkeit wegen Scheingeschäftes, Verstoßes gegen die guten Sitten oder gegen ein gesetzliches Verbot.

Ferner entsteht die Frage, ob infolge Verstoßes gegen die guten Sitten oder gegen ein gesetzliches Verbot oder wegen Scheingeschäftes die EE. oder AK. nichtig sein kann.

Die Antwort hängt m. E. davon ab, ob die erforderlichen Privatwillenserklärungen aus diesen Gründen nichtig sind; vgl. §§ 117, 134, 138 BGB. Ist nämlich ein Rechtsgeschäft nichtig, so ist es juristisch nie dagewesen und vermag keinerlei Rechtswirkungen zu äußern. Fehlt aber bei der AK. oder EE. eine der unentbehrlichsten Voraussetzungen, so darf, wie oben S. 7 ff. darlegt, eine gültige AK. oder EE. nicht erteilt werden, wird sie trotzdem erteilt, ist sie nichtig. Denn es ist nicht Aufgabe des Staates, auf mit so schweren Fehlern behafteten Willenserklärungen gültige Staatsakte aufzubauen.

Im Folgenden ist daher im einzelnen zu untersuchen, wann die Willenserklärungen und somit die AK. und EE. wegen Verstoßes gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot nichtig sind.

1. Zunächst gilt auch hier, daß eine Willenserklärung nicht deshalb nichtig ist, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen; vgl. § 116. Eine Nichtigkeit kann aber dadurch hervorgerufen werden, daß die Willenserklärungen, die einem anderen gegenüber abzugeben sind, mit dessen Einverständnis nur zum Schein abgegeben werden, vgl. § 117. Eine dem § 1323 BGB. entsprechende Vorschrift, nach der Simulation beim Eheschluß keine Nichtigkeit zur Folge hat, gibt es im Gebiete der EE. unnd AK. nicht. Dies läßt zunächst die Frage entstehen, wem gegenüber die Erklärungen bei der EE. und der AK. abgegeben werden. Bei dem Annahmevertrag wird die Erklärung dem Vortragsgegner gegenüber abgegeben, der Antrag des Vaters auf EE. gegenüber der Behörde, die Einwilligungserklärungen in die EE. gemäß § 1726 II gegenüber dem Vater oder der Behörde, die Einwilligungserklärungen nach § 1748 in die AK. gegenüber dem Annehmenden, dem Kind oder dem Gericht. Da es sich also um empfangsbedürftige Willenserklärungen handelt, ist die Anwendung des § 117 I BGB. möglich. Wird

also eine der erforderlichen Erklärungen demgegenüber, dem sie erklärt worden ist, mit dessen Einverständnis nur zum Schein abgegeben, so ist sie nichtig, und dies führt die Nichtigkeit der EE. oder der AK. herbei, da eine der unentbehrlichen Voraussetzungen fehlt.

Wird eine Einwilligungserklärung aber gegenüber der Behörde mit deren angeblichem Einverständnis nur zum Schein abgegeben, so ist die Einwilligungserklärung trotzdem nichtig, denn der Beamte, der erklärte, daß die Einwilligung nur zum Schein gelten solle, handelte in einer für Dritte erkennbaren Weise außerhalb des Rahmens seiner Amtsbefugnisse. Diese seine Erklärung ist daher für den Staat nicht verbindlich und die Einwilligung daher als rechtswirksam erteilt anzusehen.

Nichtigkeit liegt aber nicht nur dann vor, wenn der Erklärende mit dem Erklärungsempfänger ausdrücklich vereinbart, daß die Willenserklärung nur zum Schein abgegeben werde, sondern auch dann, wenn der Wille des Erklärenden nicht darauf gerichtet ist, einen dem Gesetz entsprechenden Zustand herbeizuführen. Insbesondere ist der Annahmevertrag dann wegen Scheingeschäfts nichtig, wenn die Parteien durch den Annahmevertrag kein Eltern- und Kindesverhältnis begründen, sondern nur auf diese Weise andere Zwecke erreichen wollen. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Annahmevertrag **nur** geschlossen wird, um einen Namen zu übertragen, um dem Angenommenen bei Uebertragung eines Vermögens die Vorrechte eines Kindes nach dem Erbschafts- und Schenkungssteuergesetz zu verschaffen, um dadurch die Rechte eines angenommenen Kindes zu schmälern[1]) oder um so die Anfechtung eines Erbvertrages oder gemeinschaftlichen Testamentes zu ermöglichen[2]).

Hier sind jedoch Einschränkungen zu machen. Beabsichtigten die Beteiligten bei Eingehung des Vertrages wirklich ein Eltern- und Kindes-Verhältnis zu schaffen, ist aber später ein solches Eltern- und Kindesverhältnis nicht herbeigeführt worden, so ist dies rechtlich belanglos. Es liegt nur dann ein Scheingeschäft vor, wenn bei **Abschluß** des Vertrages die Parteien sich darüber einig waren, daß ihre Erklärungen in Wirklichkeit nicht gelten sollten. Ein Aufgeben ihrer Ziele **nach** Abschluß

1) Staudinger § 1743, 1.
2) RG. Warn. E. 1917 Nr. 121.

des Vertrages vermag dessen Bestand nicht zu gefährden. Dies würde nämlich sonst praktisch auf eine Aufhebung des Vertrages hinauslaufen; diese kann aber nur unter Beobachtung der für den Abschluß des Annahmevertrages geltenden Formvorschriften vorgenommen werden; vgl. § 1768.

Ferner ist der Annahmevertrag nicht deswegen nichtig, weil der Wille der Parteien nicht darauf gerichtet war, einen dem Eltern- und Kindesverhältnis entsprechenden **tatsächlichen** Zustand herbeizuführen; es genügt vielmehr, wenn die Parteien bei Abschluß des Vertrages beabsichtigten, die sich aus dem Eltern- und Kindesverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten zu begründen[1]).

Endlich schadet es nichts, wenn der Hauptzweck des Vertrages nicht die Begründung eines Eltern- und Kindesverhältnisses war, sondern in Wirklichkeit andere Gesichtspunkte, z. B. die Uebertragung eines Namens, ausschlaggebend waren. Der § 117 erfordert nämlich, daß das Rechtsgeschäft in seinem **vollen** Umfang zum Schein abgeschlossen wurde, daß also die Begründung eines Eltern- und Kindesverhältnisses überhaupt nicht gewollt war. Eine Nichtigkeit läßt sich aber unter Umständen aus § 138 herleiten[2]).

2. Ferner kann die Nichtigkeit der EE. oder der AK. durch die Nichtigkeit der Erklärungen der Beteiligten wegen **Verstoßes gegen die guten Sitten** nach § 138 BGB. herbeigeführt werden.

Die Grenzen zwischen dem, das als unsittlich anzusehen ist und dem, das nicht mehr dazu zu rechnen ist, sind nicht genau zu ziehen. Diese Entscheidung ist stets Tatfrage[3]). Auch wird sich nie für alle Zeiten und alle Völker ein klassischer Begriff der Unsittlichkeit aufstellen lassen; denn ebenso wie das Recht sind auch die Moralbegrifffe relativ und dem Wechsel der Zeit unterworfen. Woran vor hundert Jahren niemand Anstoß nahm, das kann heute als unsittlich gelten und umgekehrt.

1) Staudinger § 1755, 1 Aa.

2) Staudinger § 1755, 1 Aa; Kipp § 92 IX; Crome § 622 Anm. 4; Hoos S. 23 ff; RG. WarnE. 1911 Nr. 3; RG. LZ. 1918, 394; KG. RJA. 16, 27 ff.; KG. OLG. 4, 108; 8, 375; 12, 347; 18, 282; 42, 186; Hamburg OLG. 6, 289; 7, 425.

3) RG. JW. 1910, 142; 1912, 69; Staudinger § 138 I u. die dort angegebene Literatur.

Jedoch sind einige Grundsätze bei der Auslegung des heutigen Begriffs der Unsittlichkeit ziemlich allgemein anerkannt. Für die Frage, ob ein Rechtsgeschäft als unsittlich gilt, ist nicht entscheidend die Auffassung eines besonders sittlich hochstehenden Personenkreises, sondern das Empfinden eines normalen Menschen oder, wie es in einer Entscheidung des Reichsgerichts ausgedrückt wird, das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ [1]); denn die Folge der Unsittlichkeit, die Nichtigkeit des Vertrages, darf nur an besonders starke Verstöße geknüpft werden, da sie von großer Bedeutung für die Beteiligten ist.

Andererseits muß man aber auch auf die in gewissen Kreisen herrschenden Moralanschauungen, die sich aus der Gliederung des Volkes in verschiedene Berufe und der Verschiedenheit der Geschlechter ergibt, Rücksicht nehmen; denn über diese rein tatsächlichen Verhältnisse kann man nicht hinwegsehen [2]). Die Anschauungen, die sich unter Kaufleuten entwickelt haben, werden daher z. B. stets Berücksichtigung finden müssen.

Für die Frage, wann ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt, ist maßgebend, ob das Rechtsgeschäft in seinem Gesamtcharakter, d. h. nach Zweck, Inhalt und Beweggrund unsittlich ist; denn nur solche Rechtsgeschäfte sollen von der Rechtsordnung nicht geschützt werden.

Hat bei einem Vertrage nur **ein** Teil unsittlich gehandelt, so wird dadurch in der Regel die Gültigkeit des Vertrages nicht berührt; denn der, dem kein unsittliches Verhalten zur Last gelegt werden kann, kann unter Umständen ein Interesse an der Aufrechterhaltung des Vertrages haben. Es muß vielmehr **beiden** Vertragsteilen ein Verstoß gegen die guten Sitten zur Last fallen; es sei denn, daß die Unsittlichkeit des Verhaltens der einen Partei gerade in ihrem Handeln gegenüber der anderen Partei liegt [3]).

Dies ist von besonderer Bedeutung für den Annahmevertrag. Die AK. wird nach dem Inkrafttreten der Reichsverfassung häufig dazu mißbraucht, einen früher adligen Namen zu übertragen, da der Adel nur noch als Teil des Namens gilt, vgl. Art. 109 RV.; Preuß. Ges.

---

1) RG. JW. 1910, 142; 1912, 69.
2) RG. 48, 124; 83, 114; Staudinger § 138 1 2 b.
3) Staudinger § 138 1 3.

vom 30. 11. 1920. Wollen die Vertragschließenden also **nur** den Namen übertragen, aber kein wirkliches Eltern- und Kindesverhältnis schaffen, so wird man die AK. als nichtig ansehen müssen. Dies nachzuweisen, wird jedoch in der Regel nicht allzu leicht sein. Es wird allerdings Fälle geben, wo dies klar zutage tritt. Haben z. B. die Parteien für die AK. ein Entgelt vereinbart, so wird dies als Nichtigkeitsgrund anzusehen sein; denn aus der AK., die ein von der Rechtsordnung geschütztes Familienband begründen soll, soll kein Geschäft gemacht werden. Die Adoption ist kein Namenskauf[1]. Als ein Entgelt ist es jedoch nicht anzusehen, wenn sich durch das Zusammenleben des Kindes mit dem Annehmenden gewisse Vermögensvorteile ergeben[2]. Sollte durch die AK. hauptsächlich und in erster Linie ein Name übertragen werden, aber zugleich auch ein Eltern- und Kindesverhältnis geschaffen werden, so liegt kein Grund für die Nichtigkeit der AK. vor; denn es kann niemandem verdacht werden, wenn er seinen Namen erhalten will. Auch schadet es nichts, wenn dem Vermittler oder den Eltern und den Einwilligungsberechtigten eine Entschädigung gewährt wird, deren Höhe nicht außergewöhnlich groß ist[3]. Ebenso kann dem Annehmenden von dritter Seite eine Entschädigung gezahlt werden, weil ihm durch die AK. manche Ausgaben erwachsen können und es dem Annehmenden nicht verdacht werden kann, wenn er schon bei Abschluß des Annahmevertrages für die Deckung dieser Ausgaben Sorge trifft. Dagegen darf er von dem Annehmenden oder dessen Eltern keine „Entschädigung" erlangen.

Eine Nichtigkeit des Annahmevertrages aus diesen Gründen darf m. E. nur in ganz besonders krassen Fällen angenommen werden; denn es ist für die Beteiligten von außerordentlich ausschlaggebender Bedeutung, und ihre ganze gesellschaftliche Stellung kann dadurch vernichtet werden, wenn sich plötzlich nach Jahren die

1) Staudinger § 1755, 1 A b; Kipp § 91 VI, 1 b; RG. LZ. 1918, 393; KG. RJA. 16, 27; OLG. 42, 186; OLG. Hamburg Hans. RZ. 1921, 474; BayObLG. Bd. 22 S. 306; 23 A S. 123; JW. 1925, 2792; Heinsheimer LZ. 1925, 897; Verfüg. d. preuss. Min. d. Inn. v. 29. 2. 24 Ztschr. für Standesamtswesen 1924 S. 60.

2) BayObLG. LZ. 1926, 1140.

3) Staudinger 1755, 1 A b; RGRK. § 1748, 1; Kiel OLG. 46, 187; Thalmann S. 92 N. 23.

Nichtigkeit der AK. herausstellt und sie vor der Welt, zumal bei der Annahme eines adligen Namens, gleichsam als Hochstapler dastehen. Mit Recht führte Kipp[1], zutreffend aus, daß man von den Parteien keinen „allzuhohen Idealismus" verlangen kann.

Die Frage der Nichtigkeit der AK. wegen Verstoßes gegen die guten Sitten würde ihre Bedeutung verlieren, wenn der § 1753a des Entwurfes eingeführt würde, nach dem die Genehmigung des Annahmevertrages zu versagen ist, wenn erhebliche Zweifel daran begründet sind, daß ein dem Eltern- und Kindesverhältnis entsprechender Zustand herbeigeführt werden soll. Leider ist im Entwurf keine Bestimmung des Inhalts vorgesehen, daß nach Ablauf einer gewissen Frist eine etwaige Nichtigkeit geheilt wird, damit nicht noch nach Jahrzehnten und auch nach dem Tode der Beteiligten die Frage der Nichtigkeit aufgerollt werden kann.

Bei der EE. ist die Nichtigkeit wegen Verstoßes einer Willenserklärung gegen die guten Sitten selten, da der Kreis der Beteiligten hier von vornherein beschränkt ist, und daher ein Mißbrauch nicht so leicht wie bei der AK. möglich ist.

3. Ferner kann ein Verstoß gegen ein **gesetzliches Verbot** die Nichtigkeit der AK. und EE. zur Folge haben; vgl. § 134 BGB. Hier kommen insbesondere gesetzliche Verbote in Frage, die in den Strafgesetzen enthalten sind. Bei der AK. ist daher schwer ein solcher Verstoß denkbar. Bei der EE. könnte er darin liegen, daß sich jemand der Vorschrift des § 169 StGB. zuwider als Vater des Kindes ausgibt.

IV.

§ 8. Fehlerhaftigkeit der staatlichen Akte.

Die Fehlerhaftigkeit staatlicher Akte und ihre Folgen gehören zu den umstrittensten Fragen der Rechtswissenschaft. Das Problem ist, ob fehlerhafte Staatsakte nichtig, zurücknehmbar, anfechtbar oder trotz ihrer Mangelhaftigkeit gültig sind. Insbesondere sind durch Walter Jellineks Schrift: „Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen" die mannigfachsten Zweifel angeregt worden.

1) § 91 IV, 1 d.

Nirgends findet sich in den Gesetzen wegen des Umfanges des Gebietes eine Kodifikation der Folgen fehlerhafter Staatsakte. Nur zuweilen wird gesetzlich bestimmt, was rechtens sein soll. Eingehend werden die Folgen der Fehlerhaftigkeit in den Prozeßgesetzen behandelt, nur selten im Verwaltungsrecht. Sind für gewisse Fälle Regelungen im Gesetz vorgesehen, so darf man diese jedoch nicht ohne weiteres entsprechend auf andere Fälle, über die gesetzlich nichts bestimmt ist, übertragen, sondern in jedem einzelnen Fall ist m. E. eingehend unter Berücksichtigung der Folgen, des Zweckes der verletzten Bestimmungen und ihrer Stellung im Rechtssystem zu prüfen, welche Wirkung der Fehlerhaftigkeit beizumessen ist[1]. So wird es z. B. nicht zweifelhaft sein, daß ein unter irriger Anwendung des materiellen Rechts zustande gekommenes Zivilprozeßurteil nicht nichtig ist, wenn die Beteiligten von den Rechtsmitteln Gebrauch machen können. Im Verwaltungsrecht wird man diese Frage m. E. nicht für alle Fälle so beantworten können, weil in vielen Fällen alleiniger Rechtsbehelf des Bürgers die Dienstaufsichtsbehörde ist.

Im folgenden soll untersucht werden, wie die Fehlerhaftigkeit der staatlichen Akte bei der EE. und AK. wirkt.

1. Zunächst ist zu fragen, welche Wirkung **örtliche Unzuständigkeit** hat.

Die EE. erfolgt nach § 1723 BGB. durch Verfügung der Staatsgewalt. Die EE. steht dem Bundesstaat zu, dem der Vater angehört. Erteilt ein unzuständiges Land die EE., so ist sie trotz etwaigen guten Glaubens aller Beteiligten unwirksam; denn die Staatsangehörigkeit ist hier eine unbedingte Voraussetzung für die Gültigkeit der EE. Es geht nicht an, daß einem fremden Staat (denn als Staaten sind die Länder auch noch nach der Staatsumwälzung anzusehen), in die ihm anvertraute Sorge für seinen Staatsangehörigen von einem fremden Staat „hineinregiert" wird[2].

1) Hippel S. 66.

2) Jellinek, Verwaltungsrecht S. 268; Staudinger § 1723, 3; RGRK. 3; Blume 3; Kipp § 90 N. 16; Goldmann-Lilienthal S. 363 Anm. 21; a. M. Planck § 1723, 2 unter analoger Anwendung des § 7 FGG.

Der § 7 FGG., nach dem gerichtliche Handlungen „nicht aus dem Grunde unwirksam sind, weil sie von einem örtlich unzuständigen Gericht ... vorgenommen sind," kommt deswegen nicht zur Anwendung, weil es sich nicht um einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt, sondern um einen Verwaltungsakt.

Eine analoge Anwendung des § 7 FGG. ist wegen der oben erwähnten Kollision der Staatsgewalten nicht möglich. Besitzt der Vater die Staatsangehörigkeit mehrerer Länder, so ist jedes dieser Länder zuständig, und er kann wählen, wo er den Antrag stellen will[1]), da er der Staatsgewalt mehrerer Länder unterworfen ist. Unerheblich ist es, in welchem Land sich der Vater aufhält oder wo er seinen Wohnsitz hat. Ist der Vater ein Deutscher, der keinem deutschen Land angehört, so steht nach § 1723 BGB. die Entscheidung über die EE. dem Reich zu, und es entscheidet nach § 5 des Uebergangsgesetzes vom 4. März 1919 der Reichsjustizminister. Hat dieser die EE. erteilt, so ist sie nichtig, falls der Vater nur die Staatsangehörigkeit eines deutschen Landes, nicht aber die unmittelbare Reichsangehörigkeit besaß, und zwar aus den gleichen Gründen wie bei der EE. durch ein unzuständiges Land. Zudem ist nach der Reichsverfassung Art. 14 das Reich nur in den ihm zugewiesenen Angelegenheiten zuständig.

Ist der Vater Ausländer, so ist, selbst wenn das Kind Deutscher ist, und beide im Inland wohnen, eine durch eine deutsche Behörde erteilte EE. wegen Machtüberschreitung[2]) nichtig. Denn durch die EE. wird das deutsche Kind in den meisten Fällen die ausländische Staatsangehörigkeit des Vaters erwerben, und ohne seinen Willen kann dem ausländischen Staat nicht von einem andern Staat ein Untertan aufgedrängt werden. Ist das Kind dagegen Ausländer, und der Vater Deutscher, so kann es nach Art. 22 EG. BGB. durch einen deutschen Staat für ehelich erklärt werden. Denn seinem Blute nach ist das Kind vom Vater her deutsch. Erteilt ein ausländischer Staat einem deutschen Kind, dessen Vater diesem ausländischen Staat angehört, die EE., so ist diese nach Art. 22 EG. BGB. zwar zulässig, aber auch bei Beobachtung aller für den betreffenden aus-

1) Planck § 1723, 2; RGRK. 3.
2) Jellinek, Verwaltungsrecht S. 266 ff.

ländischen Staat geltenden Vorschriften und trotz guten Glaubens der Beteiligten nichtig, falls die nach deutschen Gesetzen erforderlichen Einwilligungserklärungen nicht abgegeben worden sind.

Die Wirksamkeit der Bestätigung des Annahmevertrages und der zur EE. und AK. erforderlichen Genehmigungsbeschlüsse des Vormundschaftsgerichts werden dagegen durch den Mangel der örtlichen Zuständigkeit nach § 7 FGG. nicht berührt, da es sich hier um Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt.

Schließt ein Notar außerhalb seines Amtsbezirks den Annahmevertrag, so richtet es sich nach Landesrecht, ob davon dessen Gültigkeit betroffen wird, da das Notariatswesen der landesgesetzlichen Regelung vorbehalten worden ist. Nur insoweit ist das Landesrecht durch § 200 II FGG. gebunden, als ein Verstoß gegen die örtliche Zuständigkeit den Akt des Notars nicht ungültig macht. Dagegen kann das Landesrecht frei bestimmen, welches die Folgen der Bezirksüberschreitung sind; Schlegelberger § 167 Anm. 18.

In den meisten Ländern ist diese Frage so geregelt, daß die Bezirksüberschreitung die Gültigkeit der vorgenommenen Beurkundung nicht berührt; vgl. für Preußen Art. 39 PrFGG., für Bayern Art. 6 Notariatsgesetz v. 9. 6. 1899, für Württemberg Art. 106 AG. BGB., für Hessen Art. 15 Notariatsgesetz. Dagegen bestimmt § 45 III des Badischen Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit vom 13. 10. 1925, daß eine Urkunde, welche ein Notar den bestehenden Bestimmungen zuwider, außerhalb seines Amtsbezirkes aufnimmt, nicht als eine öffentliche Urkunde gilt. Somit ergibt sich, daß die AK. oder EE. nichtig ist, wenn eine der erforderlichen Einwilligungserklärungen oder der Annahmevertrag vor dem badischen Notar außerhalb seines Amtsbezirkes aufgenommen worden ist. Denn es ist dazu gerichtliche oder notarielle Beurkundung nötig. Eine Privaturkunde hält das Gesetz nicht aus den oben erwähnten Gründen für ausreichend. Dies hat nicht nur Bedeutung für Baden, sondern auch für die andern deutschen Länder. Wenn z. B. die EE. von Preußen erteilt und nur eine der Einwilligungserklärungen von einem badischen Notar außerhalb seines Amtsbezirkes beurkundet worden ist, so ist also die EE. oder AK. nichtig. Unter welchen Voraussetzungen eine Beurkun-

dung als öfffentlich zu gelten hat, regelt nämlich das Landesrecht mit Wirkung für das ganze Deutsche Reich; denn da als öffentliche Urkunden eines Notars nach § 437 ZPO. nur solche gelten, die im Rahmen seiner Amtsbefugnisse hergestellt worden sind, so kann mangels einer reichsgesetzlichen Regelung nur der, der das Amt dem Notar verleiht, also der Staat, bestimmen, wieweit die Amtsbefugnisse reichen.

Für das internationale Privatrecht gilt bei der AK. nach Art. 22 EG. BGB. das Gleiche wie bei der EE. Insbesondere bestimmt sich die AK. nach deutschen Gesetzen, wenn der Annehmende z. Zt. der Annahme eine deutsche Staatszugehörigkeit besitzt.

Das deutsche Land oder das Reich muß zur Zeit des Wirksamwerdens der EE. zuständig sein[1]), denn erst dann, nicht etwa früher, äußert das Land seine Staatsgewalt. Auf die Staatsangehörigkeit, die der Vater bei der Einreichung des Antrages hatte, kommt es daher nicht an. Es genügt also, wenn der Vater bis zum Wirksamwerden der EE. die Staatsangehörigkeit des über den Antrag entscheidenden Landes erwirbt.

2. Ferner ist zu prüfen, ob und inwieweit **sachliche Unzuständigkeit** die Gültigkeit der EE. und AK. berührt.

Das Landesrecht bestimmt, welche Stelle für die Erteilung der EE. zuständig und welches Verfahren hierbei anzuwenden ist[2]), soweit nicht der Reichsjustizminister die EE. erteilt.

Verfügt eine Behörde, die hierzu nicht zuständig ist, die EE., so richtet es sich zunächst nach dem Landesrecht, welche Wirkungen dies zur Folge hat. Hat das Gesetz keine Bestimmungen darüber getroffen, so ergeben sich die Folgen aus den allgemeinen Lehren des Verwaltungsrechts. Wie sachliche Unzuständigkeit auf staatliche Akte wirkt, ist außerordentlich bestritten, sodaß man hier von einer herrschenden Meinung kaum sprechen kann[3]). Eine Entscheidung läßt sich m. E. nur von Fall zu Fall geben.

Bei der EE. ist m. E. Nichtigkeit die Folge, wenn die die EE. erteilende Behörde sachlich unzuständig

---

1) RGRK. § 1723, 3.

2) Vgl. Staudinger § 1723, 2e, wo die landesrechtlichen Bestimmungen aufgeführt sind.

3) Hippel S. 107 u. die dort angegebene Literatur.

war. Eine Zurücknehmbarkeit der EE. durch den Staat muß hier m. E. deshalb ausscheiden, weil sonst eine für die Beteiligten unerträglicher Schwebezustand geschaffen würde.

Ist das Staatsministerium, wie z. B. in Mecklenburg-Schwerin, nach § 223 Ausführungsgesetz zum BGB. zuständig, so ist eine von einer anderen Behörde erteilte EE. nichtig. Eine untergeordnete Stelle kann nämlich dem Ministerium in einer ihm vorbehaltenen Entscheidung nicht vorgreifen, damit nicht eine Unordnung durch etwa entgegengesetzte Entscheidungen ergeht, und das Ministerium in seinen Erwägungen beeinflußt wird.

Ist aber die Erteilung der EE. einem Fachminister, wie z. B. im Reich dem Justizminister, nach § 5 des Uebergangsgesetzes vom 4. 3. 1919, übertragen, so können ihm aus den oben genannten Gründen von ihm untergeordneten Stellen die Hände nicht gebunden werden. Verfügt aber eine ihm nicht nachgeordnete Stelle die EE., so ist sie m. E. schon deshalb nichtig, weil sie auf einem Gebiet wirksam geworden ist, auf dem sie absolut unzuständig ist[1]). Es ist auch schwer vorstellbar, daß ein Finanzamt, das dem Finanzministerium untersteht, eine EE. erteilen sollte. Hat dagegen die Reichsregierung als Kollegium über den Antrag auf EE. eines Deutschen, der nur die Reichsangehörigkeit besitzt, anstatt des Justizministers entschieden, so schadet dies nichts, falls der Reichsjustizminister sich unter denjenigen befand, die für den Antrag stimmten, da das Hauptgewicht auf seine Zustimmung zu legen ist.

Wenn ferner die Erteilung der EE. einer unteren oder mittleren Behörde delegiert worden ist, wie z. B. in Preußen auf Grund der Allgem. Verf. vom 4. 4. 1922 (JMBl. 1922 S. 114 ff.) an den Landgerichtspräsidenten, so ist nur eine von diesem, nicht etwa eine von dem Aufsichtsrichter des Amtsgerichts erteilte EE. wirksam. Die nicht vom Landgerichtspräsidenten verfügte EE. ist nichtig, weil der Staat nur auf diesen mit Rücksicht auf seine Stellung, die ihm einen Ueberblick über einen größeren Bezirk verschafft und eine gewisse Gewähr für gleichmäßige Entscheidungen bietet, seine Befugnisse bei der EE. übertragen hat.

Auf den guten Glauben der Beteiligten kommt es hierbei nicht an; denn es ist Sache des Antragstellers,

1) Otto Mayer Bd. 1 S. 95.

neben den Behörden auch selbst darüber zu wachen, daß von der zuständigen Behörde über seinen Antrag entschieden wird. Hat eine Behörde falsche Auskunft erteilt, so bleibt den Beteiligten unbenommen, nach § 839 BGB. Regreß zu nehmen.

Die gleichen Grundsätze gelten, wenn bei der AK. von dem Alterserfordernis des § 1745 BGB. Befreiung erteilt worden ist, da auch hier eine Verwaltungsbehörde entscheidet.

Ist die Bestätigung der AK. durch ein sachlich unzuständiges **Gericht** erfolgt, so ist sie nichtig[1]). Denn die Gerichte können nur im Rahmen des ihnen zugewiesenen Tätigkeitsbereiches wirksam handeln. Auch würde sonst ein Verstoß gegen Art. 105 S. 2 der Reichsverfassung vorliegen, da dann ein anderer als gesetzlicher Richter entscheiden würde. Auf den guten Glauben der Beteiligten kommt es auch hier nicht an. Sollte z. B. ein Arbeitsgericht, Verwaltungsgericht oder Schwurgericht die AK. bestätigen, so ist sie absolut ichtig. Dagegen schadet der Mangel der funktionellen Zuständigkeit nichts. Daher schadet es nichts, wenn das dem zuständigen Amtsgericht übergeordnete Landgericht den Annahmevertrag bestätigt. Tut dies ein Amtsrichter, so ist dies nicht auch aus dem Grunde unwirksam, weil dies nicht zu seinem Dezernat gehörte, sondern der Geschäftsverteilungsplan hierfür einen anderen Richter vorsah.

3. Auch **Formfehler** der staatlichen Akte können die Nichtigkeit der EE. und der AK. zur Folge haben.

Nach ausdrücklicher Vorschrift des § 1724 kann die EE. nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erteilt werden. Geschieht dies trotzdem, so gilt die Bedingung oder Zeitbestimmung nicht etwa als ungeschrieben, sondern die Folge ist die Nichtigkeit der EE.[2]), damit für die Beteiligten nicht eine unklare Rechtslage entsteht. Für die AK. fehlt eine entsprechende Vorschrift. Dort heißt es nur, daß der Annahmevertrag nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung abgeschlossen werden kann; vgl. § 1742. Dies ist aber sinngemäß auch auf den Bestätigungsbeschluß anzuwenden, da für diesen dasselbe gilt, wie für den Annahmevertrag, daß

---

1) Staudinger § 1741, 3a; Mot. IV. 974; Schlegelberger S. 7 Z. 11, 12, das. Lit.

2) Staudinger § 1724, 1.

nämlich durch die AK. endgültige klare Verhältnisse geschaffen werden sollen. Aus dem gleichen Grunde sind auch die gerichtlichen Beschlüsse, durch die erforderliche Einwilligungserklärungen ersetzt oder genehmigt werden, nichtig, falls sie unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgen sollten.

Die EE. ist ferner unwirksam, solange und wenn sie nicht dem Antragsteller oder dem Kinde bekannt gegeben worden ist. Dies ist weder im BGB. noch in den die EE. regelnden Landesgesetzen gesagt, ergibt sich aber aus den allgemeinen Regeln des Verwaltungsrechts: solange ein staatlicher Akt nicht in gehöriger Form bekanntgegeben ist, ist er rechtlich unerheblich[1]). Das Landesrecht könnte bestimmen, daß die EE. erst mit Aushändigung der Urkunde wirksam wird. In Anlehnung an § 196 FGG., der zwar nicht unmittelbar, jedoch sinngemäß anzuwenden ist, muß angenommen werden, daß die Ehelichkeitserklärung wirksam wird, sobald sie dem Antragsteller bekannt gemacht wird[2]).

Ferner muß die EE. auch dann wirksam werden, wenn sie dem **Kind** mitgeteilt wird, und zwar auch dann, wenn der Antragsteller lebt und seine Wohnung der Behörde bekannt ist; denn das Kind ist in dem gleichen Maße beteiligt wie der Vater[3]). Dagegen ist die Unterzeichnung der die EE. enthaltenden Urkunde rechtlich bedeutungslos; denn staatliche Akte werden nicht durch innerbehördliche Akte, sondern erst durch Bekanntgabe wirksam[4]). Erfährt der Vater von der Unterzeichnung der die EE. verfügenden Urkunde von einem Dritten, so ist die EE. dadurch noch nicht wirksam geworden, sondern erst dann, wenn sie ihm von der Behörde mitgeteilt wurde.

Der Zeitpunkt des Wirksamwerdens der EE. ist insofern von Wichtigkeit, als bis dahin die erforderlichen Erklärungen der Beteiligten noch nachgeholt werden können. Ist die EE. bereits verfügt, aber mangels einer der Voraussetzungen nichtig, so kann die nachträgliche

1) Jellinek, Verwaltungsrecht S. 261; RAbg § 73.

2) Staudinger § 1736, 4; Planck 3; RGRK. 1; Crome § 621 N. 25; ähnlich Ullersberger S. 74; Goldmann-Lilienthal S. 368.

3) Dernburg § 92 N. 9.

4) Jellinek, Verwaltungsrecht S. 261; Staudinger § 1736, 4; a. M. Opet, Verwandtschaftsrecht S. 51 N. 68; Matthiass S. 649; Kleinberger S. 104; Blume § 1736, 4.

Beibringung der Voraussetzung die Unwirksamkeit nicht mehr beheben[1]).

Für die gerichtlichen Beschlüsse bei der EE. und der AK. gilt die Vorschrift des § 67 FGG., da es sich um Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt. Diese sind unwirksam, bis sie dem Antragsteller bekannt gemacht worden sind, was in der Regel durch Zustellung geschieht. Die AK. wird also auch nicht schon durch Unterzeichnung oder, wie im französischen Recht, erst in dem Augenblick wirksam, in dem diese in das Standesamtsregister eingetragen wird; vgl. code civil, Art. 359.

V.

§ 9. Ehelichkeit des Kindes und Eheverbot zwischen den Eltern bei der Ehelichkeitserklärung.

Die EE. ist ferner nichtig, falls das für ehelich erklärte Kind in Wirklichkeit gar nicht unehelich war, denn die EE. setzt begriffsmäßig voraus, daß das für ehelich zu erklärende Kind unehelich ist.

Auch ein durch nachfolgende Ehe legitimiertes (§ 17,19) oder ein solches Kind, das nach §§ 1591—1600 BGB. als ehelich gilt, z. B. weil der Vater die Anfechtungsfrist hat verstreichen lassen, kann nicht mehr für ehelich erklärt werden, da es bereits die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes hat. Ebensowenig kann ein an Kindesstatt angenommenes Kind für ehelich erklärt werden, da es bereits als eheliches Kind gilt; eine EE. hätte bei einem adoptierten unehelichen Kind nur dann Zweck, wenn die EE. ihm rückwirkend die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes verleihen würde. Nach § 1736 wirkt aber die EE. ex nunc[2]).

Dagegen kann ein Kind, das einer nichtigen Ehe entstammt, und nach § 1699 unehelich ist, für ehelich erklärt werden. Selbst wenn ein anderer bereits die Vaterschaft zu dem Kinde anerkannt hat oder in einem rechtskräftigen Prozeß seine Vaterschaft festgestellt worden ist, steht dies einer EE. nicht entgegen; denn beides hat keine konstitutive Wirkung und bezieht sich in erster

1) Staudinger § 1735, 1; Planck 1726, 2; Fischer-Henle § 1726, 1; Knitschky S. 52; Spahn S. 30; Mot. IV. 944.
2) a. M. Staudinger § 1723, 1 b; Planck, 1; Birkenbihl S. 205.

Linie auf die Unterhaltspflicht, dagegen nicht auf Dritte[1]).

Nach § 1732 ist die EE. nicht zulässig, wenn zur Zeit der Erzeugung des Kindes die Ehe zwischen den Eltern nach § 1310 I BGB. wegen Verwandtschaft oder Schwägerschaft verboten war. Wird die EE. trotzdem erteilt, so ist sie nichtig; denn die aus einer blutschänderischen Geschlechtsverbindung stammenden Kinder sollen nicht auf dem Umwege über die EE. ehelich werden können.

Das Kind kann also nicht für ehelich erklärt werden, wenn es aus dem Geschlechtsverkehr des Vaters mit Verwandten oder Verschwägerten in gerader Linie oder vollbürtigen oder halbbürtigen Geschwistern entstammt. Das Gleiche gilt auch dann, wenn die genannten verwandtschaftlichen Beziehungen nur durch uneheliche Geburt vermittelt werden; vgl. § 1310 III BGB.[2])

Dagegen ist die EE. nicht nichtig, wenn die verwandtschaftlichen Beziehungen zwischen den Eltern des für ehelich zu erklärenden Kindes lediglich darin bestehen, daß der Vater oder die Mutter mit Eltern, Voreltern oder Abkömmlingen des andern Elternteils Geschlechtsgemeinschaft gepflogen haben, der § 1310 II BGB. ist im § 1732 nicht genannt. Das Kind kann also für ehelich erklärt werden, obwohl der Vater mit der Mutter des Kindes geschlechtlich verkehrt hat.

Auch schließt die Tatsache, daß die Mutter das Adoptivkind des Vaters ist, die EE. nicht aus, vgl. § 1312[3]).

Maßgebend für das Verbot des § 1732 ist die Zeit der Erzeugung des Kindes. Ein Hindernis, das erst nach der Erzeugung entsteht, kommt nicht in Betracht[4]). Heiratet z. B. der Vater des A die B, entgegen der Sollvorschrift des § 1310 nach der Erzeugung des Kindes C zwischen A und der B, so kann trotzdem das Kind für ehelich erklärt werden[5]).

Bei Feststellung des Zeitpunktes der Erzeugung ist der Richter nicht an die gesetzliche Auslegungsregel des § 1717 gebunden, da sich diese Bestimmung nur auf

---

1) Birkenbihl S. 205.
2) Obwohl eine Verwandtschaft im Rechtssinn nicht besteht, vgl. BGB. § 1589 II und 1705.
3) Staudinger § 1732, 4; Planck 3; RGRK. 1.
4) Knitschky S. 54.
5) Planck § 1732, 2.

die vorhergehenden §§ 1708—1716 bezieht. Zumeist wird aber für den Richter aus praktischen Gesichtspunkten die Vermutung des § 1717 maßgebend sein[1]).

§ 10. Zu geringes Alter und eheliche Abkömmlinge des Annehmenden bei der Annahme an Kindesstatt.

Die AK. ist nichtig, falls der Annehmende entgegen der Vorschrift des § 1741 eheliche Abkömmlinge hat; denn die Rechte der ehelichen Abkömmlinge dürfen durch die EE. und AK. nicht beeinträchtigt werden. Die durch eheliche Abstammung begründete Familie, auf der sich der Staat aufbaut, verdient den Vorzug gegenüber der durch künstliche Rechtsformen geschaffenen und den unehelichen Kindern.

Entscheidend ist die Zeit des Abschlusses des Annahmevertrages. In diesem Zeitpunkt dürfen eheliche Abkömmlinge nicht vorhanden sein. Wird also **nach** Abschluß des Annahmevertrages ein ehelicher Abkömmling des Annehmenden geboren, so wird dadurch der Annahmevertrag nicht unwirksam, und zwar auch dann nicht, wenn das Kind vor der gerichtlichen Bestätigung geboren wurde, da das Hauptgewicht bei der AK. nicht auf der Bestätigung, sondern beim Annahmevertrag liegt[2]).

Ebenfalls schadet es nichts, wenn z. Zt. des Abschlusses des Annahmevertrages ein ehelicher Abkömmling bereits erzeugt, aber noch nicht geboren war. Sollte ein nicht geborener, aber bereits erzeugter Abkömmling die AK. hindern, so hätte dies im Gesetz seinen Ausdruck gefunden. Der gemeinrechtliche Satz: „nasciturus pro jam nato habetur" gilt aus Rechtssicherheits- und Zweckmäßigkeitsgründen nur in den im Gesetz hervorgehobenen Ausnahmefällen; vgl. §§ 1923, 2018, 2178, 1912, 1716, 844 BGB. Ist ein ehelicher Abkömmling bei Abschluß des Annahmevertrages vorhanden, aber vor der Bestätigung gestorben, so ist demnach der Annahmevertrag ungültig. Auf den guten Glauben der Beteiligten kommt es nicht an. Ist ein ehelicher Ab-

---

1) Staudinger § 1732, 1 b; Planck 2; RGRK. 1; Kipp § 90 Anm. 12; Goldmann-Lilienthal S. 367 N. 47; Matthiass S. 050 N. 1; a. M. Birkenbihl S. 218.

2) Staudinger § 1741, 1 c; Knitschky S. 63; a. M. Kipp § 91 Anm. 15.

kömmling bei Abschluß des Annahmevertrages vorhanden, so ist also der Annahmevertrag ungültig, gleichgültig, ob die Beteiligten dies wußten oder nicht.

Ist der eheliche Abkömmling für tot erklärt, so ist der Annahmevertrag, falls der für tot Erklärte im Erklärte im Zeitpunkt des Abschlusses des Annahmevertrages lebte, ungültig[1]). Die Rechte der ehelichen Abkömmlinge dürfen durch unrechtmäßige Todeserklärung nicht geschmälert werden. Umgekehrt ist der Annahmevertrag gültig, falls die Beteiligten glaubten, der eheliche Abkömmling sei noch am Leben, aber dies beim Abschluß des Annahmevertrages verheimlichten, während er in Wirklichkeit bereits gestorben war.

Hat jemand zur Zeit des Abschlusses durch nachfolgende Ehe legimitierte oder für ehelich erklärte Abkömmlinge, so ist eine von ihm vorgenommene AK. ungültig; denn seine Abkömmlinge haben die Rechte ehelicher Abkömmlinge; vgl. §§ 1719, 1736[2]). Das Gleiche gilt, falls Abkömmlinge vorhanden sind, die, obwohl sie physisch unehelich sind, gemäß § 1591 BGB. z. B. bei versäumter Anfechtungsfrist, als ehelich gelten, oder wenn der Annehmende Abkömmlinge hat, die einer nichtigen Ehe entstammen, die aber nach §§ 1699, 1704 als ehelich anzusehen sind; denn diese Abkömmlinge sind rechtlich ehelichen gleichgestellt.

Dagegen schadet es nichts, wenn der Annehmende eheliche Stiefkinder hat; denn sie sind mit dem Stiefelternteil nicht verwandt, sondern nur verschwägert. Ferner ist es unerheblich, ob der Annehmende uneheliche Abkömmlinge hat, da der § 1741 ausdrücklich nur die „ehelichen" Abkömmlinge erwähnt. Häufig wird gerade die AK. benutzt, um dem eigenen unehelichen Kind den Makel seiner Geburt zu nehmen[3]). Während also bei der EE. stets ein Antrag des Vaters erforderlich ist, kann hier die Mutter auch ohne Mitwirkung des Vaters und selbst gegen dessen Willen ihr uneheliches Kind zu ihrem ehelichen machen. Wenn geltend gemacht wird, daß dies dem Wesen der AK. widerspreche, da die Mutter

---

1) Staudinger § 1741, 1 b; Planck 1 e; Neumann II, 1; Goldmann-Lilienthal S. 371 N. 2; Mot. IV, 958; Kipp § 91 Anm. 14; a. M. RGRK. § 1741, 1; Crome § 622 Anm. 10; Dernburg § 94 N. 5; Stern, Gruch. 1916 Bd. 60 S. 584.

2) Staudinger § 1741, 1 a; RGRK. 1.

3) RG. JW. 1906, 599.

und ihr eheliches Kind bereits verwandt seien, so wird dabei übersehen, daß erst durch die AK. die Mutter die eheliche Gewalt über das bis dahin uneheliche Kind erhält. Bei der Beratung des BGB. wurde ein Antrag abgelehnt, der die Einführung folgender Bestimmung vorsah: „eine Frau kann ihr uneheliches Kind nicht an Kindesstatt annehmen." Denn man kann der unehelichen Mutter nicht den Ersatz für den ihr versagten Antrag auf EE. nehmen[1]). Der Zulässigkeit der AK. durch die uneheliche Mutter widerspricht auch nicht die Vorschrift des § 1747, in der es heißt, daß ein eheliches Kind bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres nur mit Einwilligung seiner Mutter an Kindesstatt angenommen werden kann, da die hiernach erforderliche Zustimmung der unehelichen Mutter im Abschluß des Annahmevertrages enthalten ist. Ebensowenig schadet es etwas, daß das Kind den gleichen Namen behält, da die Aenderung des Namens nicht Zweck der AK. ist, sondern nur mit dem Eintritt in die neue Familie notwendig verbunden, wenn der Annehmende einen anderen Familiennamen als das Kind hat[2]).

Auch ein bereits an Kindesstatt angenommenes Kind steht einer weiteren gültigen AK. nicht entgegen, wie im § 1743, um Zweifelsfragen aus der Welt zu schaffen, ausdrücklich hervorgehoben wird. Die Ansicht von Blume[3]), daß eine Mutter, die mehrere uneheliche Kinder habe, entweder alle oder keines an Kindesstatt annehmen müsse, findet im Gesetz keine Stütze.

Fraglich ist jedoch, ob eine AK. ungültig ist, wenn der Großvater, der sonst keine weiteren ehelichen Abkömmlinge hat, sein einziges eheliches Enkelkind an Kindesstatt angenommen hat. Zweifellos steht dem der Wortlaut des § 1741 entgegen; denn der Großvater hatte einen ehelichen Abkömmling. Jedoch ist der Wortlaut des Gesetzes hier nicht entscheidend, vielmehr ist hier mit Rücksicht auf Sinn und Zweck dieser Bestimmung eine andere Auslegung am Platze. Der Sinn und Zweck

1) Mot. IV, 933.

2) Staudinger § 1741, 1 a; Planck 1 d; RGRK. III; Kuhlenbeck 1; Neumann N. II, 1 d; Blume II, 2; Mantey, Kockerols, Thiesing, Dittenberger aaO.; Kipp § 91 IV; Goldmann-Lilienthal S. 371; Spahn S. 32 f.; Eck-Leonhard S. 527; Hecker S. 73 Anm. 6; Kuttner aaO; KG. Recht 1913 Nr. 1356; BayObLG. RJA. 14. S. 123; LG. Mainz Recht 1900 S. 373; a. M. Conrades, Bergk aaO.

3) § 1743 II, 2.

des § 1741 ist es, die Rechte der ehelichen Abkömmlinge und der Familie zu schützen und den Frieden innerhalb einer Familie zu wahren. Diese Zweckbestimmung fällt aber fort, falls ein Großelternteil, der ohne eheliche Kinder ist, sein einziges eheliches Enkelkind an Kindesstatt annehen will. Es ist vielmehr aus bevölkerungspolitischen Rücksichten zu begrüßen, wenn Blutsverwandtschaft und Verwandtschaft im Rechtssinn sich decken. Daher ist die AK. in diesem Fall nicht nichtig [1]).

Nach dem Entwurf § 1745 kann das Vormundschaftsgericht aus wichtigen Gründen das Vorhandensein ehelicher Abkömmlinge außer Betracht lassen, insbesondere dann, wenn jemand das leibliche oder angenommene Kind seines Ehegatten annehmen will.

Ein Vormund oder früherer Vormund soll gemäß § 1752 BGB. nur unter bestimmten Voraussetzungen sein Mündel an Kindesstatt annehmen. Ein Verstoß gegen diese Vorschriften berührt jedoch die Gültigkeit der AK. nicht, da es sich lediglich um eine Sollvorschrift handelt

Ferner schreibt das Gesetz im § 1744 vor, daß der Annehmende grundsätzlich das 50. Lebensjahr vollendet habe und 18 Jahre älter als das Kind sein muß, während bei der EE. ein bestimmtes Alter nicht erfordert wird. Nach dem Entwurf § 1744 wird grundsätzlich nur noch die Vollendung des 40. Lebensjahres verlangt. Hat der Annehmende das 50. Lebensjahr bei Abschluß des Annahmevertrages nicht vollendet, so ist die AK. nichtig; denn die Vollendung des 50. Lebensjahres ist, sofern nicht nach § 1745 Befreiung erteilt wurde, unbedingtes Erfordernis für die Gültigkeit der AK. Es genügt nicht, wenn der Annehmende bis zur gerichtlichen Bestätigung das 50. Lebensjahr vollendet [2]). Denn bei der AK. liegt, wie bereits gesagt, das Hauptgewicht beim Annahmevertrag, nicht bei der gerichtlichen Bestätigung.

Dagegen kann die Befreiung vom Alterserfordernis des § 1745 noch nach Abschluß des Vertrages und nach der gemäß § 1750 f. BGB. erforderlichen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung beigebracht werden, da die Befreiung eine Genehmigung ist und rückwir-

1) Staudinger § 1741, 1 d; Blume II, 2; Goldmann-Lilienthal S. 372 Anm. 7; Warneyer 1 bei ObLG. RJA. Bd. 14 S. 120; a. M. Kipp § 91 N. 14.

2) Staudinger § 1744 1; a. M. Blume 3.

kende Kraft hat[1]). Die Befreiung muß aber vor der gerichtlichen Bestätigung vorliegen, da diese dafür bürgen soll, daß alle gesetzlichen Erfordernisse erfüllt sind[2]).

§ 11. Zurücknahme der Erklärungen der Beteiligten.

Die EE. ist ferner nichtig, falls sie erfolgt sein sollte, nachdem der Antrag des Vaters bereits widerrufen ist. Daß der Antrag des Vaters widerruflich ist, ergibt sich durch Umkehrschluß aus § 1726 II, nach welcher Bestimmung die zu der Ehelichkeitserklärung erforderlichen **Einwilligungs**erklärungen unwiderruflich sind. Auch wäre es m. E. unbillig, dem Vater hier das Recht auf Widerruf zu versagen, bevor der Staat sein letztes Wort gesprochen hat; denn der Antrag des Vaters soll freiwillig gestellt werden, damit es dem Kind die Liebe entgegenbringt, wie es in normalen Familien üblich ist. Ferner sind alle an Behörden gerichteten Anträge bis zu deren Entscheidung widerruflich, wenn nicht, wie z. B. bei den Strafanträgen im Strafgesetzbuch, etwas besonderes bestimmt ist. Für den Antrag ist m. E. somit Widerruf möglich[3]).

Der Widerruf des Antrags ist nur beachtlich, wenn er erklärt wird, bevor die EE. wirksam geworden ist[4]). Sonst hätte es der Vater auch später noch stets in der Hand gehabt, die Wirkung der EE. trotz der Verfügung der Staatsgewalt zu beseitigen. Dies wäre aber mit dem Wesen der EE. nicht vereinbar, da durch die EE. klare Verhältnisse geschaffen werden sollen.

Der Widerruf ist nicht formbedürftig. Unter sinngemäßer Anwendung des § 81 II,3 BGB. ergibt sich aber, daß der Widerruf der Behörde gegenüber erklärt werden muß, wenn der Antrag auf EE. bereits bei der Behörde eingegangen ist[5]).

Ist der Vater gestorben, so kann sein Erbe den Antrag auf EE. nicht widerrufen, weil das Widerrufsrecht

---

1) Staudinger § 1745, 1; Planck 2; Blume 5; Kipp § 91 N. 16; KG. OLG. 18, 292; Verfügung des OLG-Präs. Köln vom 9. 2. 1903; ZB 1 FG. 1903 S. 837 ff.
2) Mot. IV, 973.
3) Staudinger § 1733, 3 b; Planck 5; RGRK. 2.
4) Mot. IV. 947.
5) Staudinger § 1733, 3 b; Planck 5; RGRK. 2.

ebensowenig wie das Anfechtungsrecht wegen seiner höchstpersönlichen Natur unvererblich ist[1]).

Auch die zu der AK. erforderlichen Einwilligungserklärungen sind nach § 1748 unwiderruflich.

Ebensowenig kann eine Partei die AK. dadurch beseitigen, daß sie einseitig vom Vertrage zurücktritt. Ein einseitiger Widerruf wie beim Antrag des Vaters auf die EE. ist nicht möglich . Dies ergibt sich bereits aus den allgemeinen Vertragsgrundsätzen, ist aber im § 1754 noch ausdrücklich hervorgehoben. Auch ist es nicht zulässig, daß eine Partei sich den Widerruf bis zur Bestätigung vorbehält; denn diese Vereinbarung würde als eine unzulässige Bedingung nach § 1742 die Nichtigkeit des Annahmevertrages zur Folge haben.

Der Annahmevertrag verliert aber seine Wirkung, wenn ihn die Beteiligten vor der Bestätigung aufheben. Dies kann bis zur Bestätigung formlos geschehen, da es sich nicht um die Aufhebung einer bereits wirksamen AK. handelt, die in der durch § 1770 bestimmten Form vor sich gehen müßte[2]). Ist also die Bestätigung des Annahmevertrages, der inzwischen aufgehoben worden ist, erfolgt, so ist eine AK. nicht zustande gekommen.

§ 12. Tod des Vaters und des Kindes.

Die Ehelichkeitserklärung kann, auch wenn das Kind bereits eingewilligt hatte, nach § 1733 nicht nach dem Tode des Kindes erfolgen, weil sie nicht auf die Zeit der Stellung des Antrags zurückwirkt[3]). Erfolgt sie trotzdem, ist sie nichtig.

Der Entwurf hat hier keine Aenderung vorgesehen, obgleich es m. E. für die Abkömmlinge des unehelichen Kindes unbillig ist, daß ihrem Vorfahren der Makel seiner unehelichen Geburt nicht wegen seines vorzeitigen Todes genommen werden kann.

Entsprechend wird der § 1733 I anzuwenden sein, wenn das Kind nach §§ 13 ff. für tot erklärt ist, da der für tot Erklärte rechtlich als gestorben gilt. Grundsätzlich hat auch der Tod des Vaters nach § 1733 die Nich-

1) Staudinger § 1733 c; Planck 6; RGRK. 2; Dernburg § 92 IV; Goldmann-Lilienthal S. 365 N. 34; Birkenbihl S. 216.

2) Planck § 1754, 7; Blume 1 2; Goldmann-Lilienthal S. 374 N. 19, zweifelnd Dernburg § 94 N. 23; a. M. Staudinger § 1754, 4.

3) Mot. IV, 946; Staudinger § 1733. 1 a.

tigkeit der EE. zur Folge[1]). Das Gleiche muß aus denselben Gründen wie beim Kinde für die Todeserklärung des Vaters gelten.

Hier besteht jedoch eine Ausnahme zugunsten des Kindes. Hat nämlich der Vater den Antrag bei der zuständigen Behörde eingereicht oder bei oder nach der Beurkundung des Antrages den Notar oder das Gericht mit der Einreichung betraut, so ist auch noch nach dem Tode des Vaters die EE. zulässig. Es soll dem Kinde nicht schaden, wenn durch den Betrieb der Behörde sich die Erledigung verzögert[2]).

Wird der Antrag auf EE. bei einer **unzuständigen** Behörde eingereicht, und stirbt der Vater vor Eingang bei der zuständigen Behörde, so ist die EE. nichtig[3]) da § 1733 Abs. II von der „zuständigen" Behörde spricht. Dies entspricht auch den im Verwaltungsrecht geltenden Grundsätzen[4]); der § 129 II der Reichs-Vers. O. nach dem eine Rechtsmittelfrist als gewahrt gilt, wenn sie rechtzeitig bei **irgend einer** inländischen Behörde eingegangen ist, bildet im Reichsrecht eine einzig dastehende Ausnahme. Nur noch § 116 III der Thür. Landesverw. O. vom 10. 6. 1926 weist dieselbe Vorschrift auf.

Derjenige, der sich darauf beruft, daß das Gericht oder der Notar mit der Einreichung betraut sein sollte, muß den Nachweis dafür führen. Der Entwurf sieht im § 1733 vor, daß diese Beauftragung im Zweifel anzunehmen sei.

Stirbt eine der einwilligungsberechtigten Personen vor dem Wirksamwerden der EE., so ist dies rechtlich insofern erheblich, als ihre Einwilligung nicht mehr nötig ist.

Auch der Annahmevertrag kann nach § 1753 nicht nach dem Tode des Kindes bestätigt werden. Denn das Kind, das unentbehrliche Objekt der Bestätigung, ist nicht mehr vorhanden. Auf das Zivilprozeßrecht übertragen würde man sagen, das „Rechtsschutzinteresse" fehlt. Hat also das Kind den Zeitpunkt, in dem der Bestätigungsbeschluß wirksam wurde, nicht erlebt, so ist die AK. nichtig[5]).

---

1) Staudinger § 1733, 1 b.
2) RGRK. § 1733, 2.
3) Staudinger § 1733, 1 b; a. M. Kipp § 90 III.
4) Jellinek S. 287.
5) Staudinger § 1753, 1 a.

Stirbt der Abkömmling des Angenommenen, auf den sich gemäß § 1762 Satz 2 die Wirkungen der AK. erstrecken sollten, vor der Bestätigung, so ist die AK., soweit sie sich auf einen zur Zeit des Vertragsabschlusses schon vorhandenen Abkömmling und dessen später geborene Abkömmlinge beziehen sollte, nicht wirksam geworden. Nach § 1753 II ist die Bestätigung nach dem Tode des Annehmenden nur dann zulässig, wenn der Annehmende oder das Kind den Antrag auf Bestätigung bei dem zuständigen Gericht eingereicht oder bei oder nach der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung des Vertrages das Gericht oder den Notar mit der Einreichung betraut hat. Bezüglich der Zuständigkeit der Behörde ist hier dasselbe zu sagen wie bei der EE. Der Entwurf will dem § 1753 II entsprechend den § 1733 bei der EE. ändern.

Der Tod einer der nach § 1746 f. BGB. zur Einwilligung verpflichteten Person berührt ebensowenig wie bei der EE. die Zulässigkeit der Bestätigung und die Wirksamkeit der AK.

VI.

§ 13. Wer entscheidet über die Rechtsgültigkeit der Ehelichkeitserklärung und der Annahme an Kindesstatt.

Darüber, ob die EE. oder die AK. nichtig ist, entscheidet das Gericht gemäß §§ 640 ff. ZPO. im Statusprozeß, da es sich um einen Rechtsstreit handelt, der die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Eltern- und Kindesverhältnisses zum Gegenstand hat. Das Urteil wirkt in Abweichung von § 325 ZPO. gemäß § 643 ZPO., sofern es bei Lebzeiten der Parteien rechtskräftig wird, für und gegen alle. Gegen einen Dritten, welcher das elterliche Verhältnis oder die leterliche Gewalt für sich in Anspruch nimmt, wirkt ein Urteil, welches das Bestehen des Eltern- und Kindesverhältnisses feststellt, nur dann, wenn er an dem Rechtsstreit teilgenommen hat. In diesem Prozeß kann außer der Staatsanwaltschaft, die gemäß §§ 607, 640 ZPO. zur Mitwirkung befugt ist, nur derjenige Partei sein, der das Eltern- oder Kindesverhältnis für sich in Anspruch nimmt. Dritte können im Statusprozeß nicht vorgehen.

Es bleibt Dritten jedoch unbenommen, in einem gewöhnlichen Zivilprozeß die Nichtigkeit der Ehelichkeitserklärung oder Annahme an Kindesstatt geltend zu machen; z. B. wenn der Träger des gleichen Namens wie die für ehelich erklärte oder an Kindesstatt angenommene Person gemäß § 12 BGB. auf Unterlassung der Namensführung klagt. Dieses Urteil schafft jedoch nach § 325 ZPO. nur Rechtskraft unter den Parteien. Dritte können wohl das Material dieses Prozesses verwerten, seine Rechtswirkung erstreckt sich jedoch nicht auf sie. Insbesondere ist auch das Vormundschaftsgericht nicht befugt, auf Antrag oder von Amts wegen einen Beschluß zu erlassen, indem es feststellt, daß eine bestimmte Annahme an Kindesstatt oder eine Ehelichkeitserklärung der Wirksamkeit entbehre. Ein solcher Beschluß, wie ihn kürzlich eins der Berliner Gerichte erlassen hat, ist m. E. ohne rechtliche Bedeutung, da das Gericht in der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur die Beschlüsse erlassen kann, zu denen es gesetzlich ermächtigt ist. Zudem würde ein solcher Beschluß dem Statusprozeß vorgreifen[1]). Der Entwurf hat hier keine Aenderungen vorgesehen.

Auch in einem Strafverfahren kann über diese Fragen entschieden werden, wenn sich jemand auf Grund einer ungültigen EE. oder AK. gegenüber einem Beamten des ihm nicht zustehenden Namens bedient hat. In den meisten Fällen wird der Betreffende jedoch, weil es ihm am Vorsatz fehlt, straffrei ausgehen.

In den deutschen Ländern, in denen für die Klage vor den Verwaltungsgerichten eine Generalklausel besteht, wie in Bremen auf Grund § 28 des Gesetzes vom 6. 1. 1924 und in Hamburg nach § 20 des Gesetzes vom 2. 11. 1921, können diese Fragen auch vor die Verwaltungsgerichte gebracht werden. So könnte z. B. in Bremen jemand auf Feststellung klagen, daß die Polizei ihm nicht verbieten dürfe, einen bestimmten Namen zu führen, da er rechtsgültig für ehelich erklärt oder an Kindesstatt angenommen sei und das Verwaltungsgericht würde auch darüber entscheiden.

---

1) Vgl. Planck § 1723 Vorbem. 4, der sagt, daß der Statusprozeß das einzige Mittel sei, um die Ungültigkeit der Ehelichkeitserklärung einheitlich festzustellen.

VII.

§ 14. Ergebnis.

Zusammenfassend ergibt sich somit: trotz gerichtlicher Bestätigung der AK. und der Erteilung der EE. können die AK. und EE. nichtig sein. Die behördlichen Akte bieten keine unbedingt sichere Gewähr für die Rechtsgültigkeit der AK. oder EE.

Der Grund für die Nichtigkeit kann einerseits liegen in der Fehlerhaftigkeit der Erklärungen der beteiligten Privatpersonen, andererseits in rechtlichen Mängeln der staatlichen Akte. Ferner kann die Fehlerhaftigkeit der sonstigen Voraussetzungen die Nichtigkeit der EE. oder AK. zur Folge haben, und zwar: Zurücknahme der Erklärungen der Beteiligten und der Tod des Vaters und des Kindes. Schließlich ist die EE. nichtig, falls das Kind ehelich ist, oder die Ehe zwischen den Eltern verboten war. Die AK. ist ungültig, falls der Annehmende eheliche Abkömmlinge hatte oder die erforderliche Altersgrenze nicht erreicht hatte.

Lebenslauf.

Am 20. 11. 1903 wurde ich in Kuhsdorf (Ost-Prignitz) geboren. Am Gymnasium zu Wittstock erhielt ich 1923 das Reifezeugnis. Nach einem Studium an den Universitäten Rostock, Tübingen, Berlin und Kiel bestand ich 1926 das Referendarexamen und trat in den preußischen Vorbereitungsdienst ein.